J.c.
0
92 n
2

Versuche

über

einzelne Theile

der

Theorie des Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut

ordentlichem Professor des Rechts
in Kiel.

Zweyter Band.

Jena,
bey Johann Michael Mauke.
1801.

G. Büttner
b. Notar
Lichtenfels.

KÖNIGL. BAYER. BIBLIOTHEK BAMBERG

Vorerinnerung.

In meiner Theorie der logischen Auslegung S. 163. not. *) machte ich dem Publico in Beziehung auf den Sinn der L. 22. §. ult. L. 23. de pignorat. act. zu einem Briefe des Herrn G. R. Koch Hoffnung, welchen ich auch gewiß in diesen zweyten Band würde aufgenommen haben, wenn mir nicht die Auffindung desselben jetzt zufällig ganz unmöglich wäre. Vielleicht erfülle ich mein Versprechen noch bey einer andern Gelegenheit.

Einer gründlichen Beurtheilung meiner Ideen, sie sey bestätigend oder berichtigend, sehe ich als Freund der Wissenschaft auch jetzt wieder mit Verlangen entgegen; aber freylich ist dieses Entge-

gensehen im Ganzen kein Erwarten des Wahrscheinlichen, da unsre juristischen Recensenten nur zu oft entweder die Mühe scheuen, einen Schriftsteller, welcher die gewöhnliche Weitschweifigkeit und Trivialitäten zu vermeiden strebt, gehörig einzustudieren; oder aus Mangel an Kenntnissen und Selbstständigkeit, die engen Grenzen ihrer Zeitschrift beklagend, sich durch ein Paar wortreiche Bemerkungen über die leichteren Materien, in denen sie grade zufällig zu Hause sind, aus der Verlegenheit zu ziehen suchen. Ich werde indeß auch schon zufrieden seyn, wenn nur einige Männer von Einsicht meinen Wünschen entgegenkommen.

Kiel im Februar
1801.

A. T.

Inhaltsanzeige.

1. Vertheidigung meiner Begriffe über ius personarum und rerum wider den Herrn Professor Hübner. Seite 1 — 25.

2. Ueber dingliches und persönliches Recht. 25 — 71.

3. Ueber dominium directum und utile. 71 — 110.

4. Bruchstücke zur Berichtigung und Ergänzung der gewöhnlichen Begriffe über die Wirkung des Irrthums bey Verträgen. 110 — 146

I. Was ist Rechtens, wenn die Partheyen sich über das pretium irren? 111 — 113.

II. Inwiefern bewirkt der Irrthum über die Beweggründe Ungültigkeit des Geschäfts? 114 — 121.

III.

III. Welchen Einfluß hat der Irrthum über die Person der Contrahenten, oder deren Eigenschaften? Seite 121 — 127.

IV. Was ist Rechtens, wenn der Irrthum von beyden Seiten nicht wesentlich ist? 127 — 132.

V. Welche Grundsätze sind dann anzunehmen, wenn der Irrthum nicht zweyseitig ist, sondern nur einer von den paciscirenden Theilen geirrt hat? 132 — 140.

VI. Ueber den Beweis des Irrthums. 140 — 143.

VII. Ueber die restitutio in integrum ob errorem. 143 — 146.

5. Beyträge zu der Lehre von der condictio indebiti. 146 — 169.

I. Protestation wider eine angeblich neue Theorie in Betreff der Unzulässigkeit der Zurückforderung einer aus Irrthum bezahlten Nichtschuld. 146 — 150.

II. Ueber §. 7. J. de obl. quae quasi ex contr. nasc. und L. 4. C. de condict. indeb. 150 — 152.

III. Ueber die Zurückforderung der von einem schuldigen Capital indebite bezahlten Zinsen. 152 — 169.

6. Ueber das Substitutions-Recht des Mandatars. 169 — 174.

7. Be=

7. Bestreitung der bisherigen Theorien über das Antretungs-, Deliberations- und Transmissions-Recht des Erben. Seite 175 — 208.

8. Ueber den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden. 208 — 227.

9. Noch etwas über den Begriff der logischen und grammatischen Interpretation, und die Arten der ersten. 227 — 242.

10. Inwiefern verwandelt die Ratihabition die negotiorum gestio in ein Mandat? 243 — 248.

11. Kann ein Vergleich wegen einer unmäßigen Verletzung angefochten werden? 249 — 259.

12. Bestreitung der Existenz einer bisher allgemein angenommenen Art des peculii adventitii extraordinarii. 260 — 265.

13. Ueber die gewöhnliche Eintheilung der Rechtsquellen. 266 — 275.

14. Ueber die Collision besonderer Rechte und Privilegien. 276 — 302.

15. Bemerkungen zu der Lehre von der Emphyteusis. 303 — 316.

I. Kann der Emphyteuta das Gut mit einer Dienstbarkeit beschweren? 303 — 310.

II. Ueber die Compensation der Beschädigungen mit den Verbesserungen des emphyteutischen Guts. Seite 310—313.

II. Ueber die Remission des Canons wegen feindlicher Ueberzüge und Wasserfluthen. 313—316.

16. Anhang. Einige gutgemeynte Paradoxa, Vorschläge und Wünsche. 317—332.

Er.

Erste Abhandlung.

Vertheidigung meiner Begriffe über ius personarum und rerum wider den Herrn Prof. Hübner.

Obgleich ich das Vergnügen gehabt habe, daß mehrere Männer, an deren Beyfall mir gelegen ist, die von mir in meiner Inaugural-Schrift 1) über ius personarum und ius rerum aufgestellten Ideen gebilligt und angenommen haben: so bin ich doch nicht so glücklich gewesen, meinen Begriffen einen entscheidenden Sieg zu verschaffen.

Ich habe bis jetzt geschwiegen, da ich weder denen, welche meine Dissertation zu dunkel fanden, noch denen, welche mit einem Machtspruch die alten, oder ihre eignen Begriffe, den meinigen

1) Diss. de genuina iuris personar. et rer. indole, veroque huius divisionis pretio. Kil. 1796. 148 S. 8.

gen vorzogen, etwas bedeutendes zu sagen wußte. Nur ein einziger Schriftsteller 2) hat sich öffentlich die Mühe genommen, meine Schrift ausführlich zu prüfen und zu widerlegen; und gegen diesen sehe ich mich denn genöthigt, meine, wie ich glaube, gute Sache in Schutz zu nehmen.

Um die Leser dieser Abhandlung, denen meine Dissertation nicht in die Hände gekommen ist, zu überzeugen, daß Herr Prof. Hübner mich theils gar nicht verstanden, theils, wo er mich verstand, durch sehr schwache Gründe zu widerlegen gesucht hat, muß ich hier die wesentlichen Ideen meiner Dissertation noch einmal in der Kürze auseinander setzen. Vielleicht gelingt es mir auch hiedurch, die, welche bisher über Dunkelheit meines Raisonnements geklagt haben, wenigstens dahin zu bringen, meine Meynung durch vernünftige Gründe bestreiten zu können.

„Man kann, — dieß war ungefähr mein Gedankengang — bey den Worten ius personarum und ius rerum nach dem Sprachgebrauch mancherley denken. Das Wort ius hat eine

2) *C. G. Hübner* de iur. civilis obiectis ad L. 1. D. de stat. hom. et §. 12. J. de J. N. G. et C. Disp. Lips. 1798. 32 S. 8.

eine subjective und eine objective Bedeutung, und bezeichnet bald soviel als: Befugniß, bald soviel als: Recht oder Rechtswissenschaft. Verschiedene (z. B. Reinhard) verstehen bey der Eintheilung in ius personarum und rerum das Wort ius in sensu subiectivo, und denken dann unter jenem solche Rechte (Befugnisse), welche Personen, unter diesem solche, welche Sachen zum Gegenstande haben. — Diese, immer mehr Beyfall gewinnenden Begriffe sind aber durchaus widersprechend, und wenn die Römer unter ius personarum und rerum eben dieß gedacht haben, so ist die ganze Eintheilung zu verwerfen. Denn ein Recht ist nichts weiter, als eine Möglichkeit zu handeln. Subject eines Rechts ist dasjenige, d e m etwas möglich, Object dasjenige, w a s möglich ist. Das Object j e d e s Rechts ist sonach immer eine Handlung, und es leidet gar keinen Sinn, wenn man Personen und Sachen zu Objecten eines R e ch t s (sens. subject.) macht, da sie vielmehr nur Objecte des obiecti iurium, oder der Handlungen, sind. Gesetzt aber auch, man wollte Personen und Sachen als Objecte der Rechte ansehen, so können sie doch auf allen Fall nur dann als solche betrachtet werden, wenn das Recht ein positives

ist, d. h. durch positive Handlungen ausgeübt werden muß. Negative Rechte hingegen beziehen sich weder auf Personen noch Sachen. Wenn man mithin die Rechtswissenschaft nur in zwey Theile, ius personarum und rerum zerfallen läßt, und in jenem bloß von Rechten, die Personen, in diesem bloß von Rechten, die Sachen zum Gegenstande haben, handeln will: so übergeht man die ganze Classe der negativen Rechte. Daraus folgt denn, daß ius personarum und rerum in diesem Sinn weder eine richtige, noch erschöpfende Eintheilung ist, und dieß um so mehr, da, wenn man auch die Handlung, als eigentliches Obiectum iurium, ganz aus der Acht läßt, die mehrsten Rechte, welche man im iure personarum abhandelt, entweder Handlungen einer andern Person, oder sogar Sachen zum Object (im gemeinen Sinn) haben, z. B. Rechte des Patrons gegen den Freygelaßnen, des Mannes gegen die Frau, und des Curators eines Minderjährigen."

„Noch pflegt man, indem man ius im subjectiven Verstande nimmt, einen andern Sinn mit jener Eintheilung zu verbinden. Viele verstehen nämlich unter ius personarum diejenigen Rechte, welche den Personen vermöge einer in ihnen

ihnen liegenden Qualität (ex statu) zustehen, unter dem iure rerum diejenigen, welche aus andern Quellen entspringen. — Auch in diesem Sinn taugt die Eintheilung nicht, und wird durch ihre eignen allgemein als solche anerkannten species untergraben. Die Rechtswissenschaft soll nicht überhaupt von Rechten und Verbindlichkeiten in abstracto, sondern besonders davon handeln, welche Rechte und Verbindlichkeit den Bürgern unter allen denkbaren Umständen zustehen. Sie muß also in 3 Theile zerfallen: 1) Lehre von den verschiedenen Arten der Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt; 2) Lehre von der Erwerbung, und 3) Lehre vom Verlust derselben. Der erste muß nothwendig vorangehen, weil die übrigen sonst nicht verständlich sind. Nun aber erschöpft das ius personarum und rerum nur eigentlich das 2te Capitel der Rechtswissenschaft, und muß auf allen Fall, um vollständig zu seyn, alle 3 reinen Haupttheile derselben mit einander vermengen. Hiezu kommt, daß der in jeder Rechtswissenschaft nothwendig anzunehmende wichtige und weitumfassende Pars generalis durch jene Eintheilung ganz ausgeschlossen ist. Auch müßte, wenn man die Eintheilung so verstehen will, vieles

vom

vom iure rerum in das ius personarum gesetzt werden, z. B. die Materie von der successio ab intestato. — Sowohl diese letzten, als jene ersten Begriffe können mithin auf keine Weise per abstractionem aus Justinians Institutionen entwickelt seyn."

„Allein die Römer haben von allen diesen irrigen und aus der Luft gegriffenen Ideen nichts gewußt. Sie verstehen bey der Eintheilung der Rechtswissenschaft in ius personarum u. s. w. das Wort ius im objectiven Sinn, und denken unter ius personarum den Theil der Rechtswissenschaft, welcher von den Verschiedenheiten der Personen, unter dem iure rerum denjenigen, welcher von den Verschiedenheiten der Sachen handelt. Auf diese Begriffe hätte schon die legale Definition der Rechtswissenschaft führen müssen, nach welcher die Römer, als consequente (wenn auch nicht immer philosophische) Köpfe gar keine andere Eintheilung, als die in ius personarum und rerum, in dem eben angegebenen Sinn, machen konnten. Wir beschränken die Rechtswissenschaft auf die Lehre von den Rechten und Verbindlichkeiten. Nicht so die Römer. Ueberzeugt, daß die bloße Rechtskenntniß nur ein Theil dessen sey, was dem Juristen zu wissen nöthig ist,

er-

erweitern sie den Begriff der Rechtswissenschaft dahin, daß sie darunter gewissermaßen alles Denkbare (res divinas atque humanas) begreifen, und, um sie von der Philosophie zu unterscheiden 3), nur noch besonders bemerklich machen, daß die iusti iniustique scientia vorzüglich mit dazu gehöre. Diese Definition enthält den Keim zu der ganzen Eintheilung des Rechts-Systems der Römer in sich. Eine Wissenschaft kann nur nach der Verschiedenheit ihres Gegenstandes eingetheilt werden. Da nun der Gegenstand der Rechtswissenschaft in gewissem Be-

3) Es ist bekannt, daß die Alten unter der rerum divinarum atque humanarum notitia auch die Philosophie verstanden. Cicero de offic. L. I. c. 17. Plutarch de placit. phil. L. I. pr. Seneca epist. 90. Unter rebus divinis verstand man in dieser Definition kein ius divinum, pontificium, feciale etc., sondern die ganze Physik, unter rebus humanis kein menschliches Recht. Cicero de Orat. c. 34. Der Ausdruck war sehr allgemein Cic. de amicit. c. 6. 17. pro Rosc. c. 23. und in diesem allgemeinen Sinn kann und muß man ihn auch in der legalen Definition der Jurisprudenz nehmen, weil es der Natur der Sache und der Sprache am gemäßesten ist, auch auf diese Weise die Juristen gegen den Vorwurf, dieselbe Sache doppelt gesagt zu haben, leicht geschützt werden können.

Betracht alles Denkbare ist; alle denkbaren Dinge aber (juristisch betrachtet) in zwey Hauptarten, nämlich Personen, d. h. rechtsfähige Subjecte, und Sachen d. h. alles was kein Subject von Rechten ist, zerfallen: so muß auch die Rechtswissenschaft aus zwey Haupttheilen, Personen- und Sachen-Recht, bestehen."

„Das Personen-Recht soll von den Verschiedenheiten der Personen handeln; aber natürlich nicht unbedingt, sondern nur sofern, als dieß auf die Verschiedenheit der Rechte und Verbindlichkeiten Einfluß hat. Das Sachenrecht soll von Sachen handeln, und muß wieder in zwey Theile, Lehre von den körperlichen, und Lehre von den unkörperlichen Sachen, zerfallen. Zu dem letzten Theil gehört die ganze Materie von den Rechten und Verbindlichkeiten, weil diese Arten der unkörperlichen Sachen sind 4). Das Personen-Recht soll sich also mit allen dem Juristen wichtigen Verschiedenheiten der Personen, welche keine Rechte und Verbindlichkeiten sind, beschäftigen; das Sachenrecht mit Sachen, und besonders mit der einen Art derselben, den Rechten und Verbindlichkeiten."

„Diese

4) L. 1. §. 1. de rer. divis. L. 6. pr. L. 22. de V. S.

„Diese Ideen werden durch Justinians Institutionen überall bestätigt. Gleich der §. 12. J. de J. N. G. et C. — omne igitur ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res —, et prius de *personis* videamus, parum est enim *ius* nosse, nisi personae, quarum caussa constitutum est, ignorentur, — zeigt deutlich genug, daß nach dem ursprünglichen Begriff alle rechtlichen Erörterungen vom iure personarum ausgeschlossen seyn sollten. Noch mehr wird dieß durch das zweyte Buch bestätigt. Im ersten Titel handelt Justinian von körperlichen Sachen, im zweyten kommt er auf die unkörperlichen. Hier bemerkt er nun, daß die Rechte und Verbindlichkeiten unkörperliche Sachen seyen, und nimmt sich die Freyheit, die Lehre von den Servituten gleich abzuhandeln, de obligationibus alio loco dicturus. Diese Idee, daß das Sachenrecht von Sachen, von körperlichen und unkörperlichen, und dann weiter von Rechten und Verbindlichkeiten handeln müsse, ist die einzige Grundlage des Systems, welches im zweyten und dritten Buch der Institutionen ausgeführt ist, und Justinian weicht hierin von den neueren Compendien-Schreibern ganz ab, welche, statt daß er alles auf die beyden

Haupt-

Hauptarten: körperliche und unkörperliche Sachen reducirt, überall ihre Eintheilung in dingliche und persönliche Rechte zur Grundlage ihres Systems machen."

„Allein, könnte man einwenden, ist denn nicht im ersten Buch der Institutionen grade von Rechten und Verbindlichkeiten die Rede, und werden nicht vielmehr die nicht-rechtlichen Verschiedenheiten der Personen darin ganz übergangen? — Ich antworte: ja! Dieß ist aber ohne Erheblichkeit. Justinian hat (und er konnte dieß um so mehr, da die Systeme der Römer doch immer nur Flick-Systeme waren) die Klarheit und Deutlichkeit der streng systematischen Form vorgezogen. Was eigentlich in das ius personarum gehört, ist, soweit es zur Verständlichkeit eines kleinen Rechts-Systems nothwendig ist, schon hinlänglich aus dem gemeinen Leben bekannt, und braucht, wie es auch in den Pandekten geschehen ist 5), nur da eine Auseinandersetzung, wo es auf das feinere Detail ankommt. Bey der Art, wie Justinian sein Sachenrecht abhandelte, mußten aber nothwendig zur Deutlichkeit manche allgemeine rechtliche Erörterungen vor-

5) L. 7. 9. 10. 18. 19. 20. 23. 26. de statu hom.

vorangeschickt werden. Diese wurden in das ius personarum aufgenommen. Man sieht aber deutlich, wie Justinian (vielleicht nur durch dunkele Ideen geleitet) überall bemüht gewesen ist, dem ursprünglichen Begriff des iuris personarum getreu zu bleiben. Rechtliche Erörterungen sind im ersten Buch der Institutionen doch nur selten, und leicht hingeworfene allgemeine Beschreibungen der Haupt-Verschiedenheiten der Personen, welche überall entscheidenden Einfluß haben, machen den Hauptinhalt desselben aus."

„Da Klagen Sachen sind, so hätte die Materie von den Klagen, und was damit zusammenhängt, im Sachenrecht vorgetragen werden müssen. Weil aber Justinian einsah, daß die Lehre von den Klagen nicht (wie es jetzt geschieht) stückweise mit den einzelnen Rechten und Verbindlichkeiten erörtert werden dürfe, sondern abgesondert im Zusammenhange vorzutragen sey, so machte er daraus ein eignes Capitel, welches durch einen logischen Irrthum, dessen die Römer bey ihren Eintheilungen sich oft schuldig machten 6), statt dem iuri rerum als letzter Theil hin-

6) Z. B. L. 52. pr. de O et A.

hinzugefügt zu werden, demselben als coordinirter Theil an die Seite gesetzt ward."

Soweit in wenig Worten der wesentliche Inhalt meiner Dissertation! Jetzt mag Herr H. gegen mich auftreten.

Die Disputation des Herrn H. besteht aus zwey Capiteln. In dem ersten, welches die Ueberschrift führt: aliorum opiniones proponuntur, wird zuvörderst die Stelle aus Caius: omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones, hingeschrieben. Ohne zu sagen, wie die Stelle zu verstehen sey, klagt Herr H. darüber, daß sie mißverstanden sey, und führt dann besonders einige Definitionen von Glück, Hufeland und Hugo an, gegen welche Er verschiedenes erinnert. Hierauf kommt die Reihe an mich. Nachdem erst mit wenig Worten angegeben ist, wie ich die Eintheilung der Römer verstehe, geht Herr H. an meine Widerlegung. Ich dachte, es würde ihm billig geschienen haben, mir wenigstens etwas gründliches entgegenzusetzen; aber statt alles Raisonnements, statt aller Prüfung und Widerlegung, finde ich nichts, als folgende Worte: Enim vero, ista doctrina, etsi argumentis quibusdam sit munita, atque vindicata,

dicata, quoniam cum Caii dicto, antea proposito, tum, Institutionum utriusque auctoris ordine accurate inspecto, omnino confutatur, non committam, ut verbosa eius oppugnatione otio lectoris et meo abuti videar. In der That! so etwas ist in der litterairischen Welt wohl kaum erhört! Einen Schriftsteller, welcher bemüht gewesen ist, durch viele Gründe die Richtigkeit seiner Ideen zu beweisen; welcher sich überall auf Justinians Institutionen, und die belobte Stelle aus Cajus gestützt hat, — diesen dadurch widerlegen, daß man ihn grade und kurzweg auf eben das verweist, was er für sich angeführt hat! Herr H. hat entweder nicht bedacht, was er schrieb, oder es fehlte ihm an der nöthigen Muße. Auf allen Fall würde es Beleidigung gegen den Leser seyn, wenn ich mich noch weiter durch Gründe gegen solche Machtsprüche vertheidigen wollte.

Nachdem Herr H. so bequem mit meinen eignen Begriffen über die Vorstellungsart der Römer fertig geworden ist: so schließt er das erste Capitel mit folgender Bemerkung, die ich mit seinen eignen Worten hersetzen muß: Porro idem auctor reiiciendam putat vulgarem ab obiectis distribuendi rationem, maxime ob

has

has caussas. 1. Pertinere eam ad solas actiones positivas, neque ad negativas. 2. Neque universum ius ad tria genera posse revocari, neque ad duo, quum multa sint communia omnium generum, in prooemio quadam exponenda. 3. Ea partitione posita, praeter iurium varietatem et indolem nihil intelligi. 4. Neque res et personas immediate iuri obiici, sed hominum actiones. 5. Omni fundamento dividendi carere distributionem iuris in ius personarum et rerum, quod, si ius personarum id dicatur, quod ex statu sit, ius rerum, cuius obiectum in rebus positum sit, divisio nunc ab origine, nunc ab obiecto repetatur. — Verum enim vero, ab hac sententia, quam longe absim, mox adparebit. Hierauf folgt nun das zweyte Capitel mit der Ueberschrift: de Thibautii ratione iudicium fertur, sequitur mea sententia. In dem ersten §phen erwidert Herr H. gegen meine von ihm erzählten Einwürfe: ad 1. Das bürgerliche Recht sey nichts anders, als: Norm der Handlungen für Bürger in ihren Privat-Verhältnissen. Nun sey es freylich wahr, daß Handlungen das Object des Rechts ausmachen; allein

allein das Verhältniß der Bürger sey doch zwiefach, theils gründe es sich auf subjective Eigenschaften, theils auf das Verhältniß derselben zu Sachen. Hieraus entstehe nun das ius personarum und rerum, in deren erstem dann sowohl von dem was geschehen, als von dem, was nicht geschehen dürfe gehandelt werde, u. s. w. ad 2. Mein Einwand sey nur wahr, sofern von der Rechtswissenschaft, nicht sofern vom Recht die Rede sey. Das letzte müsse das Allgemeine, weil es nicht Gesetzes Kraft habe, voraussetzen. ad 3 und 4. In Rücksicht auf die vulgares utriusque definitiones sey dieß wahr, treffe aber die richtigen, vorhin von Ihm aufgestellten Begriffe nicht. Eben dieß sey ad 5. zu erwiedern. — —

Ich möchte Herrn H. so ungern etwas Hartes und Kränkendes sagen: — aber wie kann ich anders? Er hat von meinen Ideen (die doch nicht absolut unverständlich sind, da andre sie recht gut gefaßt haben) auch nicht einmal das Wesentliche begriffen. In meiner Dissertation unterschied ich zwey Hauptpartheyen, die eine, welche im iure personarum von Rechten (Befugnissen) handelt, welche Personen zum Gegenstande haben; die andre, welche dasselbe

auf

auf Rechte beschränkt, die ex statu entstehen. Gegen die erste Parthey erinnerte ich: Rechte (ich muß nochmals sagen: d. h. Befugnisse) haben nie Personen oder Sachen zum Gegenstande, sondern nur Handlungen. — Wie paßt nun das hieher, was Herr H. vom obiecto iuris (der Gesetze) bemerkt? Diese Schwäche, ius im objectiven und subjectiven Sinn nicht von einander unterscheiden zu können, verräth Herr H. noch an mehreren Orten. So heißt es z. B. S. 22: Juris obiecta, id est, quaecunque a iure determinantur, ab eius partibus sunt distinguenda. Dabey bemerkt Herr H. in der Note: Thibaut definit: obiectum possibilitatis est omne id, quod proxime illa possibile. — Sed ista, qui Oedipo nullo vocato, intelligit, magnus mihi erit Apollo. — Wahrlich! wenn man einen Schriftsteller so mißversteht, so muß er wohl Unsinn sagen. Ich sprach a. a. O. von Rechten oder Befugnissen. Ein Recht, sagte ich, ist nichts weiter, als eine Möglichkeit zu handeln. Das Object einer Möglichkeit ist dasjenige, was zunächst durch dieselbe möglich ist. Dieß ist aber weder Person noch Sache, sondern eine Handlung, also u. s. w. — Versteht man nun in dieser

Stelle

Stelle unter ius immer nur soviel als: das Recht, oder Gesetz, so kann freylich gar kein Sinn herauskommen. — Bey so bewandten Umständen ist es mir dann auch ganz unmöglich, den Angriffen des Herrn H. ordentlich zu begegnen. Wenn Er es für Pflicht hält mich zu widerlegen, so muß ich Ihn bitten, meine Dissertation noch einmal zu lesen, das, was ich von den verschiedenen Partheyen gesagt habe, nicht alles durch einander zu werfen, und was ich von jeder einzelnen Parthey anführe, so zu verstehen, wie es jeder verstehen wird, dem die Unterscheidungen zwischen ius in sensu obiectivo und subiectivo geläufig sind. Bis dahin kann ich es ruhig dulden, daß Herr H. in seinen eignen dunkeln Begriffen seinen Feind bekämpft. — Uebrigens wird manches von den oben angeführten Erinnerungen von selbst bey Prüfung des letzten Theils der Disputation als irrig und unzutreffend erscheinen.

Herr H. schließt die Disputation mit einer kurzen Darstellung seiner eignen Begriffe über ius personarum und rerum. Die Rechtswissenschaft, sagt er, hat keine drey Haupttheile, aber es gibt drey obiecta *iuris*. Man muß die Gegenstände des Rechts wohl von

dessen Theilen unterscheiden. Das Recht ist einfach, eine rohe und ungebildete Masse, und kennt eigentlich gar keine systematische Ordnung. Es ist nur nach seinen Objecten verschieden, und bey diesen wird kein fundamentum divisionis erfordert, sondern es ist genug, daß sie verschieden sind. Das Recht in diesem Sinn hat drey Objecte, die Rechtswissenschaft aber nur zwey Hauptgattungen. Das Haupt-Object des Rechts sind Handlungen. Die Verhältnisse der Menschen sind aber verschieden, theils solche, die ex statu s. str. entstehen, theils solche, die auf andern Gründen beruhen, theils solche, die die Schützung der Rechte betreffen. Dieß sind die drey Obiecta mediata oder secundaria des Rechts, und daraus entspringt denn ius personarum, rerum und actionum, zu deren genaueren Unterscheidung noch dieß zu bemerken ist, daß unter status s. str. die individuelle physische oder politische Beschaffenheit der Menschen verstanden wird. Entspringt ein Recht hieraus, so gehört es ins ius personarum; beruht es auf andern Gründen, so gehört es ins ius rerum. So würden daher die Rechte der Tauben, Stummen, Blödsinnigen, der Magistrats-Personen u. s. w. ins

ins ius personarum gehören; die Rechte des Pachters und Depositors dagegen ins ius rerum, jene weil sie auf einer besondern in der Person liegenden Qualität beruhen, diese weil sie den Menschen nicht ihrer selbst, sondern nur wegen ihres Verhältnisses zu den Sachen zustehen. Auch dürfe man nicht einwenden, daß ex statu s. str. viele auf Sachen sich beziehende Rechte entsprängen. Das Personen-Recht handle nicht allein von Personen, sondern auch von Sachen, aber nur ex accidenti, z. B. eine qualitas personae bewirke wohl, daß jemand erwerben könne, niemals aber, daß er wirklich etwas erwerbe. Coronidis loco bemerkt denn der Verfasser über die zwischen ius personarum und rerum statt findenden Unterschiede: illud igitur ex statu est; hoc aliunde; illud non comparatum est ad patrimonium augendum, quod huic est proprium, in quo caussae accessionum patrimonii definiuntur; illo definiuntur actiones hominum ad solos homines relatorum, hoc eorundem ratione rerum habita.

„Wenn aber, so fährt Herr H. fort, von der Rechtswissenschaft die Rede ist, so darf man dieselbe nach jenen drey obiectis iuris nicht in

drey Theile zerfallen lassen. Denn diese Eintheilung hat gar kein richtiges Fundamentum dividendi. Man muß vielmehr nur zwey Haupttheile derselben, einen pars generalis und specialis, annehmen. In dem letzten wird von den Rechten selbst gehandelt. Diese sind wieder doppelt, je nachdem sie Hauptrechte sind, oder nur zur Schützung andrer abzwecken. Hiernach zerfällt denn der specielle Theil wieder in zwey andre, iurisprudentiam principalem s. absolutam s. extraiudicialem, und accessoriam, relatam, iudicialem s. practicam. — Die iurisprudentia principalis endlich theilt sich wieder in ius personarum und rerum, in dem oben entwickelten Sinn." Soweit der Verfasser! —

Ich erinnere dagegen folgendes. Wenn die Juristen bisher von Theilen und Eintheilungen des Rechts gesprochen haben, so dachten sie dabey, wie es sich von selbst versteht, an ein systematisch geordnetes Recht, welches denn mit der Rechtswissenschaft einerley ist. Welche chaotischen Objecte eine Sammlung chaotischer Gesetze habe? ist noch niemand zu fragen, oder zu untersuchen eingefallen. Herr H. macht also, ohne daß Er es weiß, mit denen, welche die Einthei-

lung in ius personarum et rerum verwerfen, im Grunde gemeinschaftliche Sache.

Die Unterscheidung zwischen obiectis iuris und partibus iurisprudentiae ist hier aber nicht allein ganz am unrechten Orte, sondern sie läuft auch, in der Maße, wie sie der Vf. macht, auf eine leere und falsche Subtilität hinaus. Die Rechtswissenschaft ist nur insofern in ihren Theilen verschieden, als sie von verschiedenen Gegenständen handelt, und aus der logisch richtigen Eintheilung der Objecte der Rechtswissenschaft läßt sich allein die logisch richtige Bestimmung ihrer Theile hernehmen. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft (versteht sich der juristischen Hauptwissenschaften) ist auch der Gegenstand der Gesetze. Wer daher die obiecta iuris eintheilt, hat eben dadurch die partes iurisprudentiae bestimmt.

Aber auch hievon abgesehen, so leidet es doch im wahren Verstande gar keinen Sinn, wenn Herr H. sagt, das Recht habe nur Objecte, und bey Unterscheidung der letzten bedürfe es keines Theilungsgrundes. Was wahr an der Sache ist, ist dieß: die Gesetze, als einzelne Verordnungen betrachtet, haben nur immer einzelne, specifike Fälle zum Gegenstande, so wie alles in

der

der Natur species ist. Da nicht die Natur, sondern erst der wissenschaftliche Verstand alles auf Arten und Gattungen (per abstractionem) reducirt: so zerfällt denn freylich eine chaotische Gesetzgebung, als solche, nicht in so viel Theile, als sich nach logischen Regeln aus ihr bilden lassen, sondern sie ist so mannigfaltig, als ihre Objecte. Diese Objecte sind aber doch, wenn man nicht eine klare Ungereimtheit annehmen will, immer in rerum natura verschieden, wie ein Ding von den andern; sie müssen sich, wenn sie nicht coincidiren sollen, durch eine differentia specifica von einander unterscheiden, und das ist ja grade das, was der Systematiker in dem Fundamento dividendi ausdrückt. — Sobald man Gattungen der Objecte des Rechts, ein ius personarum, rerum und actionum, annimmt, ist schon der wissenschaftliche Verstand thätig gewesen; und dieser darf keine unter einander enthaltene Dinge als coordinirte Gattungen aufstellen. Herr H. hat also unbewußt die Objecte seines chaotischen Rechts wissenschaftlich eingetheilt, und durch diese wissenschaftliche Eintheilung das Object seines Rechts multiplicirt. Denn wenn dieß erst von iuribus ex statu, vel aliunde *oriundis* handeln soll, bey welcher Gelegen-

legenheit die, auch irgend woraus entspringenden Klagen, nothwendig vorkommen müssen, und dann noch weiter besonders von den die Schützung der Rechte betreffenden Rechten; so kommen die actiones zweymal an die Reihe. Man könnte eben so gut sagen: Die Geschichte handelt von mancherley, von Spaniern, Deutschen, auch von guten und bösen Menschen. Herr H. kann wenigstens nach seiner Logik nichts dagegen einwenden.

Auch die Begriffe des Vfs. über die Natur und den eigentlichen Unterschied zwischen ius personarum und rerum hängen sehr schlecht zusammen. Denn

1. ist es eine wahre conclusio per saltum, wenn Herr H. sagt: das ius personarum handelt von iuribus, die ex statu entstehen, also nicht von denen, die Sachen zum Gegenstande haben. Wie folgt das? Können nicht auch Rechte, die ex statu entspringen, sich auf Sachen beziehen, z. B. das ius succedendi ab intestato, das ius acquirendi per filium familias? Die Begriffe des Entstehens aus etwas, und des Beziehens auf etwas müssen sich hier nothwendig bey dem Vf. confundirt haben.

2. Muß Herr H. die Theile der legalen Institu-

stitutionen (aus denen Er doch seinen Begriff nur abstrahirt haben will) ganz versetzen, wenn er sie seinen Begriffen anpassen will. Denn ein großer Theil der Rechte, die ex statu entstehen, z. B. die successio ab intestato, trägt Justinian im Sachenrecht vor; die Materie von den Curatoren hingegen müßte, weil sie sich auf Sachen bezieht, ins Sachenrecht versetzt werden.

3. Der Begriff des Vfs. vom statu s. str. ist so vag, daß er allen Unterschied zwischen ius personarum und rerum aufhebt. Wodurch entsteht die Qualität, daß jemand Tutor, Magistrat, oder Ehemann ist? Doch durch nichts anders, als dadurch, daß er die Würde und Tutel übernimmt, und die Ehe schließt. Ist dieß mehr eine in der Person liegende Qualität, als wenn ich mich durch einen Vertrag anheischig mache, ein Mandat zu übernehmen, als wenn ich erkläre, eine Erbschaft haben zu wollen u. s. w.?

Schon wegen dieses iuris personarum et rerum kann ich denn auch der Eintheilung des Vfs., nach welcher er die Rechtswissenschaft ordnen will, meinen Beyfall nicht geben, besonders aber auch noch darum, weil sie nicht einmal logisch richtig ist. Denn in der sogenannten

iuris-

iurisprudentia principalis soll gehandelt werden von Rechten, die ex statu, oder andern Gründen, entstehen. Offenbar ist dieß aber nur eine divisio *ratione originis*. Wo soll die, doch eben so wichtige Eintheilung der Rechte in Rücksicht ihres Objects und ihrer innern Natur bleiben? Wer logisch einzutheilen versteht, weiß, daß ein Ding nach allen Kategorien betrachtet werden muß, und daß es das Princip aller Confusion ist, eine Sache in Einer Rücksicht zu prüfen, und dann beyläufig alle übrigen Rücksichten mit zu berühren. In diesen letzten Fehler muß aber Herr H. nothwendig fallen, wenn Er bey seiner einseitigen Eintheilung Vollständigkeit erreichen will.

Zweyte Abhandlung.

Ueber dingliches und persönliches Recht.

Ueber die Eintheilung der Rechte in iura in re und in personam ist bisher so viel gestritten

und

und geschrieben 1), daß man denken sollte, die Materie sey endlich einmal aufs Reine gebracht. Allein die Erfahrung zeigt das Gegentheil. Weder über den Begriff des dinglichen und persönlichen Rechts, noch über die Arten des ersten ist es bis jetzt zu einem Einverständniß gekommen, und die gangbaren Begriffe sind so offenbar widersprechend und unbefriedigend, daß selbst der Anfänger, wie ich aus vielfältiger Erfahrung weiß, oft die Mängel derselben fühlt, und diese ganze Materie mit einem wahren Ekel treibt.

Sogar Schriftsteller, denen man Scharfsinn und Beurtheilungskraft zutrauet, haben in dieser Materie Ideen, welche gradezu ins Ungereimte und Lächerliche fallen. So ist z. B. nach Höpfners Theorie ein dingliches Recht ein solches, welches

1) Die Hauptschriftsteller findet man angeführt in der neuesten Ausgabe des Commentars von Höpfner §. 286. und in Glücks Comment. 2. B. §. 175. b. 178. Außer den hier citirten verdienen aber noch genannt zu werden: *C. Thomasii* vindiciae dominii contra servitutem, als Anhang zu dessen Diss. de philos. iur. in doctr. de O. et A. *H. E. Kestneri* problem. iur. ostendens, omne ius esse reale. Rint. 1707. besonders aber J. C. Maier Autonomie. Tüb. 1782. 8. S. 22—76.

welches eine Klage gegen jeden Besitzer der Sache erzeugt; ein persönliches ein solches, woraus keine Klage gegen jeden Besitzer entspringt. Nun aber ist es ausgemacht, daß eine dingliche Klage nicht immer gegen jeden Besitzer angestellt werden kann 2), und umgekehrt, daß manche persönlichen Klagen gegen jeden Besitzer statt finden. Höpfner sagt im Commentar §. 1097. 1098. selbst: die Personal-Klagen können nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden, einige Personal-Klagen aber haben die besondere Natur, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können. — Da hätten wir also, deutlicher ausgedrückt, Klagen gegen jeden Besitzer, die nicht gegen jeden Besitzer gehen; und umgekehrt Klagen gegen gewisse Personen, welche gegen jeden statt finden! Es ist ein Glück, daß so etwas nur den Handwerks-Genossenen zu Ohren kommt; der juristische Scharfsinn würde sonst gewiß schon längst zum Sprichwort geworden seyn.

Was bisher die richtige Ansicht in dieser Sache so sehr erschwert und verhindert hat, ist der leidige Hang der Juristen, historische Begriffe philosophisch, oder aus der sogenannten Natur der

2) Z. B. L. 2. C. ubi in rem act.

der Sache zu entwickeln. Es ist wirklich eine merkwürdige Erscheinung, welche es wohl verdiente, von einem geschickten Psychologen gründlich erörtert zu werden, daß der positive Jurist gewöhnlich Gefahr läuft, in Träumereyen zu verfallen, und dunkle, angewöhnte Begriffe als philosophische Principe seinen Erörterungen zum Grunde zu legen. Wie oft habe ich nicht gehört und gesehen, daß man den Begriff der Ehe, eines Contracts, des Eigenthums, der logischen und grammatischen Interpretation, und wer weiß was alles? aus der Natur der Sache entwickelte? Fast in allen Materien, welche etwas ins Allgemeine gehen, ist das Deduciren aus erträumten Postulaten an der Tagesordnung. Die Alten dachten z. B. unter einer obligatio immediate ex lege eine solche, für deren Entstehungsgrund man (in der Eil oder überhaupt) keinen besondern Namen zu finden wußte; durch res merae facultatis bezeichnete man zuerst solche Rechte, die durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren gehen. Die neueren Juristen wußten nicht bestimmt, was die Alten mit jenen Worten hatten sagen wollen; da indeß die Eintheilung in obligatio mediata und immediata, res merae facultatis und non merae facultatis einmal

in

in der Jurisprudenz existirte, so mußten dafür Begriffe herbeygeschafft werden, und so entstanden denn die schönen philosophischen Raisonnements über den wahren und richtigen Begriff von obligatio immediata und res merae facultatis *). Der Schriftsteller pflegt bey solchen Gelegenheiten seinem Grundbegriff dadurch Wahrheit zu verschaffen, daß er den innern Widerspruch der Begriffe anderer aufdeckt; der Docent beym mündlichen Vortrage hingegen weiß sich die Sache leichter zu machen. Das verbum quaestionis braucht nur einigemal recht eindringend und bedeutend ausgesprochen zu werden, und das letzte Mal etwas lauter, als das erste. Dadurch wird die Quelle dunkler Vorstellungen schon hinlängs

*) Ich hoffe, daß der Herr Prof. Weber sich durch das im Text gesagte nicht als Schriftsteller gemeint finden wird, wenn es auch gleich auf die in dem Werk über die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung der obligatio mediata und immediata aufgestellten Begriffe passen sollte. Ein Mann, welcher überall der Sache so sehr auf den Grund geht, kann sich durch eine Satyre, die gegen die herrschenden Fehler einer gewissen Classe von Juristen gerichtet ist, nicht getroffen fühlen, gesetzt auch, er sollte einmal in dem Geist dieser Classe raisonnirt haben.

länglich in dem Zuhörer geöffnet, und dann ist es dem Lehrer leicht, das fließende Bächlein zu leiten, wohin er will. — Difficile est satyram non scribere! Würden wir nicht lachen, wenn ein Professor der Logik vergessen hätte, was die Scholastiker durch einen Schluß in Barbara bezeichneten, und nun anfinge, aus der Natur der Sache zu entwickeln, was man eigentlich unter einem Schluß in Barbara verstehen sollte? Und doch geschieht so etwas in der Jurisprudenz alle Tage!

Die Frage: was ist unter dinglichem und persönlichem Recht zu verstehen? kann ebenfalls nicht aus der Natur der Sache entwickelt werden. Daß wir durch dingliches Recht nicht einen rauhen, und durch persönliches Recht nicht einen glatten Körper bezeichnen, ist eine bloße Zufälligkeit des Sprachgebrauchs, denn sonst müßten ja alle Sprachen für dieselbe Sache gleiche Wörter haben. Frügen wir einen Ausländer: was ist dingliches und persönliches Recht? so würde er antworten: ohne Kenntniß der Absicht dessen, welcher mit jenen Worten etwas bezeichnen wollte, sind mir dieselben ein leerer Schall. Die ganze Untersuchung muß sonach eine rein historische Wendung nehmen, und wer die Frage philoso-

phisch

phisch beantworten will, wird durch seine Philosophie zum wahren Unphilosophen.

Die aus der Erfahrung zu schöpfende Bedeutung jener Worte, — das ist es also, worauf zuvörderst alles ankommt. Hier kann man aber wieder zweyerley Wege einschlagen, entweder man untersucht, was jene Wörter nach dem gemeinen Sprachgebrauch eigentlich bezeichnen, oder was die, welche die composita: dingliches und persönliches Recht zuerst zum Behuf einer gewissen Eintheilung bildeten, dadurch bezeichnen wollten.

Wählt man den ersten Weg, so ist die ganze Richtung wieder durchaus verkehrt, und dem Unsinn zugewandt. Wer kann, bey vernünftiger Ueberlegung, auf die Idee gerathen, um gangbaren Wörtern Wirksamkeit zu verschaffen, für diese Wörter richtige Begriffe aufzusuchen? Man sucht doch nur für den Begriff das Wort, und nicht jenen für dieses. Die Frage kann mithin bestimmt nur so gefaßt werden: was dachten die, welche zuerst die Eintheilung in ius in re und in personam aufstellten, bey diesen Ausdrücken? Hat man dieß historisch ausgemittelt, so kann man dann wohl die Eintheilung selbst, oder die Wahl der Wörter kritisiren, oder nach der eignen allgemeinen Absicht der Urheber derselben berich-

berichtigen; aber weiter zu gehen ist durchaus unmöglich, wenn man nicht sich wieder in den oben gerügten Unsinn verstricken will.

Die Römer haben die Eintheilung in ius in re und ius in personam nicht als solche gekannt. Die Ausdrücke ius in re und in personam, oder obligatio kommen zwar im Römischen Recht vor, aber in einem ganz andern Sinn, als welchen die Juristen der neuen Welt, von denen die Eintheilung herrührt, mit diesen Worten verbinden. Die Römer verstehen dieselben grade so, wie es der Sprachgebrauch mit sich bringt. Jus in re ist ihnen nämlich jedes Recht, welches an einer bereits tradirten Sache ausgeübt wird, es mag nun mit einer vindicatio verknüpft seyn, oder nicht; obligatio dagegen ein Rechtsverhältniß, vermöge dessen man auf besondere Handlungen einer Person Anspruch hat 3). Das Recht des Pachters an

3) L. 2. §. 22. de vi bon. rapt. „In hac actione non utique spectamus, rem in bonis actoris esse, sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit; quare sive *commodata* res sit, sive *locata*, sive etiam pignorata proponatur, sive *deposita* apud me, — sive usum fructum in ea habeam, *vel quod aliud ius.*" L. 19. de damn. inf. L. 30. de noxal. act. L. 71. §. 5. de leg. 1. L. 3. pr. de

an der ihm eingegebenen Sache ist also nach der Terminologie der Römer ein ius in re; nach der Theorie der Neueren ist dieß nicht der Fall.

Gut wäre es gewesen, wenn man die Terminologie der Römer, welche hier durchaus passend und richtig ist, in diesem Sinn beybehalten, und für etwanige neue Eintheilungen neue passende Worte gewählt hätte. Allein zum Unglück ist dieß nicht der Fall gewesen, und die Römer haben selbst, wiewohl ohne ihre Schuld, zu der, in der Sache richtigen, aber ganz sprachwidrigen Eintheilung ihrer Ausleger Veranlassung gegeben.

Die Römer theilen nämlich bekanntlich alle Klagen in actiones in rem und in personam ein. Diese Eintheilung hat nun allein die ersten Erfinder der Eintheilung der Rechte in iura in re und in personam geleitet. Ein Recht, sagen sie, ist entweder mit einer actio in rem, oder mit einer actio in personam verknüpft; in jenem Fall nennen wir es ius in re, in diesem ius in per-

de O. et A. Der Ausdruck ius in personam ist mir nur Einmal, so viel ich weiß, in den Pandekten vorgekommen; ich kann aber die Stelle in diesem Augenblick nicht wieder auffinden.

personam, oder, wie die Päpste statt des letzten sagen 4), ius ad rem. Dieß ist der eigentliche und wahre Begriff derer, welche die Eintheilung zuerst aufstellten 5), und von diesem abzugehen ist hier unmöglich, weil ausgemacht ein dingliches und persönliches Recht in diesem Sinn in rerum natura existirt, weil die Unterscheidung nothwendig ist, und weil, wenn auch unter diesen Umständen die Terminologie schlecht ist, doch auf allen Fall nur neue Worte, nicht aber neue Begriffe aufgesucht werden dürfen. Zum Wesen dessen, was man dingliches Recht nennt, gehört also als conditio sine qua non eine damit verknüpfte vindicatio; und es ist wieder ein Beweis, wie geläufig den neueren Juristen die contradictiones in adiecto sind, wenn manche, wie z. B. Herr Kochy 6), bemerken,

4) Cap. 8. de concess. praeb. in 6. Cap. 40. de praebend. eod.

5) *Acursius* ad L. 1. C. de iur. emphyt. *Huber* in Digress. L. 4. C. 5. *Struv* synt. iur. civ. L. 1. T. 8. §. 87. sqq. et ibi cit.

6) Theor. pract. Comment. über die Pandekten. 1 Th. 1. Abhandl. §. 176. Unrichtig ist es auch, wenn Herr K. in der Not. p. sagt, im Römischen Recht komme statt des Ausdrucks ius in re der Ausdruck ius in rem vor. — Den Ausdruck ius

ken, nach der Regel: Hand muß Hand wahren, gebe es in Deutschland sogar ein Beyspiel, da ein dingliches Recht keine dingliche Klage erzeuge. Wie ist es möglich dergleichen zu sagen? Wäre das Eigenthum bey den Römern in den neueren Zeiten nicht stets mit einer vindicatio verknüpft gewesen, so würde es den Erfindern jener Eintheilung nicht im Traum eingefallen seyn, das Eigenthum zu den dinglichen Rechten zu zählen. Sie rechneten es dahin, nicht weil es Eigenthum, sondern weil Eigenthum ein dingliches Recht ist.

Ein nicht klagbares Recht, welches nur durch eine Einrede geschützt werden kann, ist weder mit einer actio in rem, noch einer actio in personam verknüpft. Da indeß die Rechte, welche durch gar keine Klage geschützt werden können, von den Römern mit zu ihren obligationibus gezählt werden, die Neueren aber die obligatio der Römer zu ihrem iure in personam rechneten, so wurden denn auch vom Anfang an die mit keiner Klage verknüpften Rechte als Arten

ius in rem schränken die Römer nicht bloß auf das dingliche Recht ein, L. 20. de Legat. III.; in dem von Herr K. citirten §. 1. J. de act. ist aber von *actionibus* in rem und in personam die Rede.

Arten des iuris in personam behandelt. Bestimmt muß man mithin so definiren: dingliches Recht ist ein solches, welches mit einer dinglichen, persönliches, welches mit keiner dinglichen (also nur einer persönlichen, oder überhaupt keiner) Klage verknüpft. Da hiernach der Begriff des persönlichen Rechts bloß negativ ist: so bleibt denn die Cardinal-Frage, wovon alles abhängt, diese: was verstehen die Römer unter einer actio in rem?

Nach dem gemeinen Sprachgebrauch der Römer sollte man glauben, in rem heisse alles dasjenige, was sich auf eine Sache bezieht. Dieß ist aber im Römischen Recht nicht der Fall. Der Ausdruck: in rem wird hier vielmehr zur Bezeichnung alles dessen gebraucht, was eine gewisse unbedingte Allgemeinheit hat, es mag nun von einer Sache die Rede seyn, oder nicht. So heißt es z. B. in L. 57. §. 1. de pactis: si ex altera parte *in rem*, ex altera *in personam* pactum conceptum est, veluti *ne ego petam*, vel *ne a te petatur*, heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus. Hier heißt offenbar pactum in rem ein solches, welches in Ansehung seiner Wirkungen eine gewisse Unbeschränktheit hat.

hat. Ein gleiches Beyspiel gibt L. 5. pr. usufr. quem. caveat: Huic stipulationi: dolum malum abesse, absuturumque esse, continetur; et quum *in rem* sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum et adoptivi patris. Eben so wird in L. 2. §. 2. L. 4. §. 34. de dol. mal. et metus except. die exceptio doli et metus eine *exceptio in rem* genannt, nicht weil sie einer Sache entgegengesetzt wird, welches Unsinn wäre, sondern weil sie eine gewisse unbedingte Wirksamkeit hat. In eben dem Sinn wird in L. 1. §. 3. quar. rer. actio non datur der Ausdruck *iuramentum in rem* genommen. Man muß also nicht mit dem Vorurtheil zu dieser Materie kommen, daß actio in rem nothwendig so viel bedeuten müsse, als eine sich auf eine Sache beziehende Klage. Wer von diesem Irrthum nicht abläßt, wird nie klare Begriffe über dingliches und persönliches Recht erhalten.

Diese Bemerkungen führen etwas näher zur Sache, sie sind aber noch nicht so bestimmt, daß der scharfe Begriff einer actio in rem allein daraus gebildet werden könnte. Es bleibt also nach wie vor die Frage: was ist genau unter einer actio in rem zu verstehen, und wodurch unter-

terscheidet sich dieselbe von der actio in personam?

Justinian sagt im §. 3. J. de act. darüber: omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit, qui nullo ei iure obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quisquam Titius suam affirmet, possessor autem dominum eius se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. — In dieser Beschreibung sieht man wieder deutlich, daß richtiges Definiren nicht die Stärke der Römer war. Die Begriffe: agere cum eo, qui obligatus, et qui nullo iure obligatus est, oder suum petere, welche grade hätten erklärt werden sollen, sind hier vorausgesetzt, und die

Be-

Beschreibung geht im Cirkel. Nicht richtiger und bestimmter ist Ulpians Definition in L. 25. de O. et A. Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. Wer kann bey diesen dunkeln, das zu Erklärende erklärt voraussetzenden Beschreibungen etwas bestimmtes denken, oder die Frage, wie es actiones in personam contra quemvis possessorem, actiones in rem contra certas personas, oder gar actiones in rem, die von dem Besitzer gegen den Nichtbesitzer angestellt werden, geben könne, beantworten? Bisher ist dieß noch niemand gelungen, wie die Erfahrung zeigt.

Da die Römer ihren Begriff von actio in rem unleugbar durch Abstraction gebildet haben, und wir berechtigt sind, uns um richtiger abstrahirte Definitionen zu bemühen: so ist in dieser Materie der sicherste und einzige Weg

der, daß wir einmal versuchen, von den Klagen, welche im Römischen Recht deutlich zu den dinglichen gerechnet werden, einen scharfen und bestimmten Begriff zu abstrahiren. Dieß ist in andern Materien schon häufig mit dem besten Erfolg geschehen, und es wird sich nachher zeigen, wie viel grade in dieser Materie davon abhängt.

Wenn man z. B. die rei vindicatio und hereditatis petitio, welche ausgemacht dingliche Klagen sind, mit den sogenannten actionibus in rem scriptis und der actio confessoria und negatoria, sofern diese beyden letzten von dem Besitzer gegen den Nichtbesitzer angestellt werden, vergleicht, so ergibt sich sogleich:

1. Die actiones in rem unterscheiden sich von den actionibus in personam nicht generisch dadurch, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können. Denn

a. Können auch actiones in personam, wie z. B. die actio quod metus caussa, gegen jeden Besitzer angestellt werden, und umgekehrt finden

b. actiones in rem in gewissen Fällen nicht gegen jeden Besitzer statt, wie dieß mit der hereditatis petitio, und selbst der rei vindica-

dicatio der Fall ist, welche vergebens gegen den Pachter, Commodator u. a. gerichtet wird.

2. Ist es nicht einmal der Character der dinglichen Klagen, daß sie gegen den Besitzer angestellt werden. Die actio confessoria und negatoria dienen hier zum Beweise. Auch darf man nicht sagen: dieß sind Ausnahmen. Wer Ausnahmen von Definitionen macht, fällt in eine contradictio in adiecto, und diese darf schon der gesunde Verstand nicht dulden.

Dennoch aber läßt sich bey genauerer Untersuchung ein characterisches Merkmal entdecken, wodurch sich die dinglichen Klagen von den persönlichen unterscheiden lassen. Der Ausdruck: in rem gibt hierzu den besten Fingerzeig. Vermöge desselben muß eine gewisse unbeschränkte Allgemeinheit das Wesen der dinglichen Klagen ausmachen, und diese ist es auch grade, wodurch sich alle dinglichen Klagen auszeichnen.

Eine Klage kann in doppelter Rücksicht eine unbeschränkte Allgemeinheit haben, theils in Rücksicht ihres Grundes, theils in Rücksicht ihres Zwecks, oder des petiti. In Rücksicht ihres Grundes ist eine Klage unbeschränkt allgemein, wenn man, um zu siegen, nichts weiter, als die Existenz seines Rechts zu beweisen braucht,

ohne

ohne genöthigt zu seyn, noch außerdem etwas anzuführen, um den Gegner zum Weichen zu bringen. In Rücksicht des petiti hingegen ist eine Klage unbeschränkt allgemein, wenn sie gegen jeden angestellt werden kann, welcher sich das Recht des Andern direct oder indirect anmaßt. Nach dem Sprachgebrauch der Römischen Juristen würde man also actio in rem diejenige nennen müssen, welche ihrer Natur nach nicht gegen eine einzelne Person statt findet, und welche der Berechtigte bloß und allein aus dem Grunde, weil ihm das Recht zusteht, gegen jeden anstellen kann, welcher sich dieses Recht, oder ein anderes dasselbe aufhebende Recht anmaßt, und zwar schlechtweg dahin, daß dem Beklagten das Recht abgesprochen werde, weil dieß mit dem Recht des Klägers nicht bestehen könne.

Und ist dieß nun nicht grade eben das, wodurch sich alle dinglichen Klagen auszeichnen? Wer z. B. die rei vindicatio oder hereditatis petitio anstellt, legt seiner Klage nichts weiter zum Grunde, als das unbeschränkte: ich bin Eigenthümer, oder Erbe. Ist dieß bewiesen, so muß der Beklagte weichen, ohne daß der Kläger hierzu noch besondere Gründe anzuführen und zu beweisen braucht; daher der Jurist in L. 40.

§.

§. 2. in f. de procurat. ganz richtig sagt: nam quum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse. — Eine dingliche Klage kann ferner unbeschränkt gegen jeden angestellt werden, welcher das Recht des Klägers behindert, bloß weil er es thut, und dessen Unrecht eo ipso aus dem erwiesenen Recht des Klägers folgt. Nicht gegen jeden Besitzer kann eine dingliche Klage gerichtet werden, sondern nur gegen die, cum quibus est controversia. Maßt sich daher jemand z. B. eine Servitut an der Sache des andern an, so darf dieser ihn nicht rei vindicatione, sondern nur actione negatoria belangen, weil die Servitut dem Eigenthum, als solchem nicht entgegensteht; besitzt jemand als Pachter eine Sache, so ist es ganz natürlich, daß er sich durch die nominatio auctoris von der rei vindicatio befreyen kann, denn er bestreitet dem Kläger das Eigenthum nicht. Hieraus erhellet auch, warum die hereditatis petitio nur gegen den angestellt werden kann, welcher pro herede, oder pro possessore besitzt. Der Grund ist, weil diese nach der Natur der Sache weichen müssen, sobald der Kläger sein Erbrecht bewiesen hat. Besitzt jemand titulo singulari, so ist dieser Besitz mit dem Grunde

der

der Klage nicht im Widerstreit, und die hereditatis petitio wird hier also vergeblich angestellt. Eine Klage, so unbeschränkt sie sey, kann im Ganzen nichts weiter verfolgen, als ihr Object, und zwar da, wo es ist. Dieß, nicht mehr und nicht weniger, thun alle dinglichen Klagen. Hieraus erhellet nun

1. wie es möglich ist, daß eine dingliche Klage auch von dem Besitzer angestellt werden kann. Daß sie gegen jeden Besitzer geht, ist gewöhnlich, aber nicht nöthig, nicht wesentlich. In rem ist eine gegen den Nichtbesitzer angestellte Klage, wenn und weil sie bloß wegen des Rechts des Klägers, und der demselben widerstreitenden Anmaßung des Beklagten gerichtet wird.

2. Warum die actiones in rem scriptae, obgleich sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können, und die Klagformel dabey eben so, wie bey den dinglichen Klagen, nicht namentlich gegen den Beklagten, sondern bloß und schlechthin auf Zuerkennung des Rechts gerichtet (in rem scripta) war 7), dessen ungeachtet keine actiones

7) *Heineccii* Ant. L. IV. T. 6. §. 24—30. *Noodt* Comm. L. II. T. 4. in med.

nes in rem sind. Die Ursach ist, weil sie nicht in Ansehung ihres Grundes unbeschränkt allgemein sind, obgleich sie in Ansehung ihres petiti eine solche Allgemeinheit haben, oder (wie die actio ad exhibendum) bloß auf ein Factum des Beklagten gerichtet sind. Die actio quod metus caussa z. B. kann zwar gegen jeden Besitzer angestellt werden, aber nicht bloß und allein deswegen, weil der Kläger ein Recht an der Sache hatte, sondern weil das besondere Factum des Zwanges, der Erpressung vorgefallen ist. Eben dieß trifft bey den actionibus noxalibus und der actio aquae pluviae arcendae ein. Aus denselben Gründen läßt sich denn auch die so bestrittene Frage: ob die actio Pauliana eine actio in rem sey? 8), welche man bisher, bey den schwankenden Begriffen über die dinglichen Klagen, mehr durch ein richtiges Gefühl, als richtige Grundsätze geleitet, verneinte, sehr leicht beantworten. Offenbar ist die Klage keine actio in rem, sondern nur eine actio in personam, weil sie in Ansehung ihres Grundes beschränkt ist, und bloß dann mit Erfolg angestellt werden kann,

8) Vergl. Dabelow über den Concurs 1 Theil. §. 87—96.

kann, wenn sich eine, von einer Seite, oder von beyden Seiten, dolose Veräußerung erweisen läßt. — Auch kann aus dem oben aufgestellten Begriff sehr gut

3. gezeigt werden, warum die possessorischen Klagen bey den Römern, obgleich auch bey diesen die Formel unbeschränkt war, dennoch als persönliche Klagen betrachtet wurden 9), und wie sehr diejenigen irren, welche sie zu dinglichen zählen 10). Der Grund ist offenbar. Wer eine Sache besessen hat, kann nicht gegen jeden, welcher nach ihm besitzt, den Besitz verfolgen, weil ihm derselbe de iure gebührt; sondern der Kläger muß, um den Beklagten zu verdrängen, den fehlerhaften Besitz desselben, und unerlaubte Handlungen bescheinigen 11). Ein Recht auf eine Sache, welches bloß durch Interdicte geschützt wer-

9) L. 1. §. 3. de interdictis: Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

10) Vergl. *Cuiac.* L. 5. Obs. 17. *Wissenbach* ad Pand. L. 43. Disp. 13. Th. I. *Huber* prael. ad Inst. L. 4. T. 15. §. 7. mit *Schilter* Ex. ad P. 47. §. 17. fgg.

11) L. 3. §. 12. L. 4. L. 7. de vi et vi armat.

werden kann, muß daher nothwendig zu dem so-genannten persönlichen gehören.

Aus diesen Erörterungen über den Begriff des dinglichen Rechts läßt sich nun auch die Frage: wie viele Gattungen des dinglichen Rechts es gebe? oder vielmehr: welche einzelne Rechte sind dingliche Rechte? 12) ohne Mühe beantworten; und zwar so, daß manche, nach der bisherigen Theorie ganz unauflösliche Knoten, wie ich glaube, völlig befriedigend gelößt werden.

Vor allen Dingen muß man bey Beantwortung dieser Frage wieder gegen unphilosophisches Philosophiren auf seiner Hut seyn, und sich sorgfältig gegen den grundlosen Glauben, als ob sich hier etwas aus der Natur der Sache beweisen lasse, zu verwahren suchen 13). Klagen

12) So sollte man sich eigentlich ausdrücken, weil man dieß fragen will. Stellt man die Frage so: wie viele Gattungen des dinglichen Rechts gibt es? so haben die ganz Recht, welche antworten: es gibt gar keine Gattungen; das dingliche Recht ist nur eines. S. den oben not. 1) angeführten Majer.

13) Herr Glück ist a. a. O. §. 178. der Meynung, es lasse sich schon a priori beweisen, daß es nur 4 Ar-

gen sind bloße Accidenzen eines Rechts, welche, ohne die wesentliche Natur des Rechts zu ändern, davon getrennt, oder damit verbunden werden können. Man sollte daher auch nie sagen, wie es, aus falscher Liebe für Axiome, täglich geschieht: das Eigenthum ist ein dingliches Recht, also erzeugt es eine dingliche Klage, sondern vielmehr umgekehrt: das Eigenthum ist ein dingliches Recht, weil damit eine actio in rem verknüpft ist. Warum ist z. B. das Recht des Pachters, des Commodators u. a. kein dingliches Recht? Warum ist es das Recht des Nutznießers? Doch nur, weil das positive Recht dem letzten eine vindicatio eingeräumt hat, den ersten hingegen nicht. Hätte nicht durch positive Gesetze grade das umgekehrte bestimmt werden können? Daß ein Recht ein

4 Arten des dinglichen Rechts gebe: Eigenthum, Erbrecht, Dienstbarkeit und Pfandrecht. Wie richtig es ist, wenn Hr. Hugo Cw. M. 2. B. S. 230 dagegen erinnert, daß es unschicklich sey, in einer theils willkührlichen, theils historischen Sachen von einem Beweise a priori zu sprechen, wird aus dem folgenden Raisonnement im Text hinlänglich erhellen, so wie, daß der von Herr G. versuchte Beweis a priori dem, was a posteriori angenommen werden muß, durchaus widerstreitet.

ein dingliches sey, gehört mithin gar nicht zum Wesen desselben. Das Pfandrecht zählen wir z. B. jetzt allgemein zu den dinglichen Rechten, und es ist nicht zu bezweifeln, daß ihm in manchem Vortrage über das Natur-Recht die Eigenschaft der Dinglichkeit a priori andemonstrirt wird. Und doch weiß jeder, daß es bey den Römern nicht immer dinglich war, und daß erst nach und nach mit den einzelnen Arten desselben dingliche Klagen verknüpft wurden.

Die Beantwortung der ganzen Frage muß also rein historisch seyn: es gibt so viele dingliche Rechte, als einzelne Rechte von den positiven Gesetzen mit einer actio in rem verknüpft sind. Hat man dieß historisch ausgemittelt, so kann dann wohl durch eine historische Philosophie, wenn man es so nennen will, gezeigt werden, warum der positive Gesetzgeber grade diese, und keine andre, zu dinglichen Rechten erhob; dieß ist aber auch das non plus ultra. Solche historische Gründe lassen sich nun wohl mit einiger Wahrscheinlichkeit angeben. Das Dominium quiritarium der Römer, verglichen mit dem sogenannten bonitario, beweist es, daß die Römer das ius vindicandi ursprünglich nur als ein P r i v i l e g i u m der Römischen Bürger betrach-

trachteten, daß also nach ihrem iure gentium (und dafür läßt sich auch gewiß viel vernünftiges sagen) kein Recht ein dingliches, oder mit einer actio in rem verknüpft, war. Nach und nach mochte indeß das gemeine Beste die Nothwendigkeit, neue vindicationes zu gestatten, zeigen, und so machte man denn dieß oder jene Recht ausnahmsweise wieder zu einem dinglichen. So war z. B. das Pfandrecht ursprünglich mit keiner vindicatio verknüpft, aber der Hauptzweck desselben: Sicherheit des Gläubigers, überzeugte die Gesetzgeber gewiß, daß zur vollständigen Erreichung dieses Zwecks die Vorschrift: der Pfandgläubiger soll sein Recht durch eine dingliche Klage schützen können, eben so nothwendig sey, als die gleichfalls gewiß aus gleichen Gründen angenommene Bestimmung, daß der Pfandgläubiger im Ganzen als possessor civilis betrachtet werden müsse. Daß die Römer dem Pachter, Commodatar, Depositar, dem welcher ein precarium erhalten hat, u. a. m. keine vindicatio, wohl aber denen, welchen persönliche oder dingliche Servituten concedirt waren, eine solche Klage einräumten, hatte auch seinen guten, wiewohl gleichfalls nur historischen Grund. Dem Pachter, und den andern vorhin

hin zuerst genannten Personen eine vindicatio einzuräumen, dazu zwang keine Nothwendigkeit. Alle diese Personen stehen mit dem Eigenthümer in nahem Verhältniß, sie können sich leicht durch diesen helfen, und ihr Recht dauert kurze Zeit. Nicht so, wenn jemand eine Servitut concedirt ist. Bey den Römern wurden die persönlichen mehrentheils auf Lebenszeit, die Real-Servituten ihrer Natur nach auf immer constituirt, oft gar nicht einmal von dem, welcher nach Errichtung der Servitut die Proprietät besaß. Für die immerwährende Dauer und Unbeschränktheit eines solchen Rechts, welches oft unschätzbar ist, mußte daher besonders gesorgt werden, und es war der Billigkeit gemäß, den Inhaber einer Servitut in die Lage zu versetzen, sich selbst gegen den Störer seines Rechts schützen zu können, da die Verbindung zwischen ihm und dem domino proprietatis gar nicht eng war, und oft ohne Wissen des Inhabers der Servitut die Proprietät einem andern überlassen ward. Zur Bestätigung dieser historischen Conjecturen kann auch L. 1. §. 3. de superficiebus dienen, wo Ulpian sagt: Quod ait Praetor: *si actio de superficie postulabitur, caussa cognita dabo,* sic intelligendum est, ut si *ad tempus*

 quis

quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio; et sane caussa cognita ei, *qui non ad modicum tempus* conduxit superficiem, in rem actio competet; eine Stelle, welche auch vortrefflich zur Widerlegung derer benutzt werden kann, nach deren Begriffen man es aus der Natur eines Rechts abnehmen kann, ob es dinglich, oder persönlich sey.

Nach Römischem Recht gehören zu den iuribus in re oder in rem

I. Von denjenigen, welche sich auf Sachen beziehen, oder welche, wie man sagt, Sachen zum Gegenstande haben:

1. Das Dominium civile im Sinn der Römer, wegen der damit verknüpften rei vindicatio, und das prätorische Eigenthum, wegen der demselben adhärirenden actio publiciana.

2. Das Recht auf eine bereits erworbene Erbschaft, weil dieß durch die hereditatis petitio dinglich, oder in rem, geschützt werden kann.

3. Die Servituten wegen der dem Inhaber derselben eingeräumten actio confessoria.

4. Das Pfandrecht, wegen der dem Pfandgläubiger zustehenden jetzt sogenannten actio hypothecaria.

5. Das Recht des emphyteuta und

6. das Recht des superficiarius, weil beyden im Ganzen dingliche Klagen eingeräumt sind.

Gewöhnlich rechnet man die beyden letzten Arten zu dem dominio; die folgende Abhandlung wird aber lehren, daß dieß gleichfalls ein Irrthum ist. Das einzige, was man nach logischen Regeln thun kann, wenn man abstrahiren will, besteht darin, daß man das ius hereditarium, welches kein ius in re aliena ist, unter einem etwas allgemeineren Begriff des dominii begreift, dieß in dominium s. str. und ius hereditarium zerfallen läßt, und demselben die iura in re aliena als zweyte Art entgegensetzt. Diese enthalten denn wieder als Unterarten: servitus, pignus, emphyteusis und superficies.

II. Von den Rechten, welche sich nicht auf Sachen beziehen, gehören zu den dinglichen:

1. Die väterliche Gewalt der Römer, welche kein dominium ist, und keine Sache zum Gegenstande hat 14), auch deshalb nicht durch eine rei

14) Den Beweis dieser Behauptung muß ich aus der bekannten vortrefflichen Schrift des Herrn Prof. Jensen de patria Romanorum potestate ect. als bekannt voraussetzen. Wenn Herr Hofrath Glück Comm. 2. B. §. 133. not. 13) dagegen Roberts kl. jurist. Abh. anführt, so ge-

rei vindicatio, aber wohl durch eine vindicatio überhaupt, oder eine actio in rem geschützt werden kann 15). Man muß sich hier auch nicht an dem Ausdruck: actio in rem, oder: dingliche Klage, stoßen. Denn actio in rem heißt, wie gesagt, keine solche, welche eine Sache zum Gegenstande hat, sondern welche unbeschränkt allgemein ist, und das ist die vindicatio des Vaters so sehr, wie jede andre eine Sache verfolgende actio in rem. In der Sache selbst ist es daher auch ganz richtig, wiewohl es eine Unbekanntschaft mit der juristischen Terminologie verräth, wenn Kant die väterliche Gewalt ein auf dingliche Art persönliches Recht nennt 16).

Außer der väterlichen Gewalt gehören aber auch noch offenbar dahin:

2.

geschieht dieß gewiß bloß deswegen, weil Herr G. diese Schrift nicht gelesen hat, und vermuthet, der Verf. werde darin seine alte Meynung gegen den Herrn Prof. J. in Schutz genommen haben. Dieß ist aber nicht der Fall. Herr R. erklärt darin, daß er die Gründe seines Gegners unwiderleglich finde, und seine alte Meynung zurücknehme. Er gibt sogar selbst neue Gründe zur Widerlegung seiner alten Meynung an.

15) L. 1. §. 1. 2. de R. V.

16) Natur-Recht S. 105. fgg.

2. Die mehrsten Rechte, welche durch eine Präjudicial-Klage geschützt werden können. Auf die actio de libertate affirmativa passen alle Prädicate einer dinglichen Klage. Wer frey zu seyn behauptet, kann gegen jeden klagen, welcher ihm die Freyheit streitig macht, bloß und allein darum, weil er sich dieselbe zuschreibt. Ganz dasselbe gilt von der actio de ingenuitate affirmativa, so wie von der actio de civitate affirmativa und negativa directa oder contraria. Freyheit, Ingenuität, Bürgerschaft und Peregrinität sind also wahre iura in rem im ursprünglichen Sinn des Wortes. Der Zustand eines filii familias gehört aus denselben Gründen dahin 17). Nicht alle Klagen, welche man jetzt zu

17) L. 9. C. de patria potest. — Einen sichern Beweis für das vorhin im Text gesagte gibt auch dieß. Der Ausdruck vindicare wird im Röm. Recht vorzugsweise gebraucht, wenn von actionibus in rem die Rede ist, L. 25. pr. de Obl. et Act., also nicht allein zur Bezeichnung der rei vindicatio, sondern aller für actiones in rem anerkannten Klagen, der hereditatis petitio, actio confessoria und negatoria, und actio hypothecaria. L. 2. §. 2. ad SCt. Tertull. L. 8. C. de iure delib. L. 12. de pignor. L. 28. eod. Rubr. Tit. P. si servit. vindicetur. Und eben so

zu den Präjudicial-Klagen zählt, sind aber dingliche z. B. die zwischen Ehegatten statt findenden, die actio de partu agnoſcendo, und die actio de libertate oder ingenuitate negativa. Denn diese können nur immer gegen eine einzelne bestimmte Person angestellt werden, und sind mithin nach allgemeinen Begriffen nur für persönliche zu halten. Ein mit diesen Klagen verknüpftes Recht ist also auch nur ein persönliches, wenn nicht außer der persönlichen demselben auch eine actio in rem cohärirt, wie dieß mit der paternitas und dem dominio über den Sklaven der Fall ist.

Da man jetzt gewohnt ist, die Präjudicial-Klagen mit unsern Compendien-Schreibern allgemein von den dinglichen und persönlichen zu unterscheiden, und da man es als ausgemacht anzunehmen pflegt, daß eine actio in rem sich doch wenigstens auf eine Sache beziehen müsse: so läßt es sich voraussehen, wie manche erschrecken werden, wenn sie hier die libertas und ingenuitas

so kommen im Römischen Recht die Ausdrücke vor: *vindicare ſtatum* L. 3. ne de ſtat. defuncti, *vindicare libertatem* L. 32. §. ult. L. 40. §. 1. de teſtam. milit. L. 12. pr. ad exhib. L. 6. C. de teſtam. militis, *vindicari in ingenuitatem* L. 32. de liberali cauſſa.

tas als dingliche Rechte aufgeführt finden. Und doch kann man nicht bloß nach allgemeinen Begriffen, sondern selbst mit Rücksicht auf besondere Aeußerungen der Römischen Juristen und Justinians, gar nichts anders behaupten. Im §. 1. I. de act. sagt Justinian ausdrücklich: *omnium actionum* quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve *de quacunque* re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam. Mit denselben Worten wird dieß in L. 25. de O. et A. gesagt. Die Präjudicial-Klagen müssen also nothwendig alle entweder zu den dinglichen, oder persönlichen gehören. Nach allgemeinen Begriffen sollte man die mehrsten für dingliche halten, und dieß bestätigt nun auch im Ganzen §. 13. I. de act. ausdrücklich: *Praeiudiciales actiones in rem esse videntur*, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Verschiedene ältere Juristen haben daher auch wirklich behauptet, daß man die Präjudicial-Klagen, weil man dadurch eine Art von Eigenthum verfolge, zu den dinglichen zählen müsse 18).

Die

18) *Rittershus* ad §. 13. I. citat. *Bachov* de act. Disp. 2. Th. 19.

Die mehrsten neueren sind aber hiervon abgegangen. Einige halten sie für persönliche 19); andre gestehen, daß sie den dinglichen in vielen Punkten sehr nahe kommen, ohne grade deutlich zu erklären, ob sie ein eignes genus ausmachen, oder persönliche sind 20); noch andre endlich sehen sie als eine eigne Gattung an. Der Haupt-Patron dieser Partey ist Feltmann in seinem, oft unbeschreiblich elenden, Tractat: de iure in re und ad rem cap. VIII. Die Gründe desselben, daß man sie nicht für actiones in rem halten könne, quia non nascuntur ex iure in re, so wie den übrigen Galimathias, wodurch er seine Meynung zu bestärken sucht, mag ich hier so wenig prüfen und widerlegen, als die gleichfalls offenbar lahmen Gründe derer, welche ihnen die Dinglichkeit deswegen ableugnen, quia res non restituitur u. s. w. Wenn man scharf und genau von den anerkannt persönlichen und dinglichen Klagen die Hauptmerkmale beyder Arten abstrahirt, so kann man, glaube ich, zu keinem andern, als dem oben von mir aufgestellten Resul-

tat

19) Z. B. *Vulteius* comm. ad I. l. c. n. 12. 13.
20) Vergl. *Otto*, *Vinnius*, *I. a Costa*, *Giphanius* und *Huber* ad I. l. c.

tat gelangen. Wäre Justinian fähig gewesen, sich scharfe und bestimmte Begriffe zu verschaffen, so würde er bald eingesehen haben, daß nicht alle Präjudicial-Klagen dingliche sind, z. B. die actio de partu agnoscendo, welche alle Merkmale einer persönlichen Klage an sich trägt. Allein Justinian fühlte in dieser Materie mehr, als er dachte, und dunkle, aber richtige Gefühle leiteten ihn dann auch gewiß, wenn er sich über die Natur der Präjudicial-Klagen zweifelhaft ausdrückte, indem diese in genere gar nicht angegeben, sondern nur durch Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Präjudicial-Klagen bestimmt werden kann.

Aus diesem allen erhellet nunmehr, daß man sich wohl vorsehen muß, unter dem iure in re kein Recht auf eine Sache, unter dem iure in personam kein Recht gegen eine Person zu verstehen. Jus in re, oder in rem, ist ein Recht, welches in rem d. h. unbeschränkt, ius in personam ein Recht, welches nur in personam d. h. beschränkt geschützt werden kann. Ein ius in re kann auf eine Sache ausgeübt werden, wie das dominium, es ist dieß aber, wie bey der patria potestas und libertas, nicht immer der Fall. Umgekehrt kann jemand ein ius in perso-

nam nicht bloß gegen eine Person, sondern auch auf eine Sache haben, z. B. das Recht des Pachters nach der Tradition. Dieß ist eigentlich nach dem ursprünglichen Sprachgebrauch ein ius in re; nach der juristischen Terminologie aber ein ius in personam, weil der Pachter dasselbe nicht in rem, durch keine vindicatio, sondern nur durch persönliche Klagen beschränkt schützen kann. Es ist daher auch ein offenbarer Irrthum, wenn manche (durch die Worte verleitet) obligatio und ius in personam für gleichbedeutend erklären. Die obligatio ist nur eine Art des iuris in personam.

Hieraus ist es denn auch offenbar genug, daß die Ausdrücke ius in re und ius in personam ganz und gar unpassend sind, und daß man für die Eintheilung neue Wörter aufsuchen sollte. Der gesunde Verstand muß sich immer dawider auflehnen, wenn von einem iure in re, welches gegen eine Person, und von einem iure in personam, welches auf eine Sache ausgeübt wird, die Rede ist, und eben dieß hat denn auch die schreckliche Verwirrung, und die vielen schaalen Theorien zur Folge gehabt, von welchen es in dieser Materie wimmelt. Die vorhin erwähnte Behauptung, daß ius in per-

sonam

sonam und obligatio einerley sey, liefert einen Beweis hiervon, so wie großentheils die sonderbare Theorie, daß ius in re und in personam nicht verschieden sey 21), oder daß man 4 Arten der Rechte unterscheiden müsse: ius rei, ius circa rem, ius in re und ius ad rem 22). Auch die Frage: ob man das ius occupandi und die possessio nicht als coordinirte Arten des iuris in rem und in personam betrachten müsse? welche mich hier noch besonders interessirt, gibt einen auffallenden Beweis der schädlichen Folgen jener verkehrten Terminologie.

Nettelbladt ist, so viel ich weiß, zuerst auf die Idee gekommen, das ius occupandi als eine Art des iuris in re aufzustellen 23). Höpfner

21) Außer dem oben Not. 1. citirten Kestner vertheidigt diese Theorie auch *P. Leyser* progr. de veter. I Ctor. division. non iuridic. Helmst. 1725. S. 26. 27. aber freylich auch aus höchst trivialen Gründen.

22) Vergl. *A. a mara* Instit. minor. iurispr. Osnabr. 1686. S. 60.

23) In der Diss. de iure in re, quae est res nullius. Hal. 1779. aus welchen Gründen? weiß ich nicht, weil ich die Abhandlung nicht gelesen habe, auch nicht lesen mochte, da die Philosophie des Verfassers, welche recht darauf auszugehen scheint, historische Begriffe zu verwirren, und alles

ner hat es in den ersten Ausgaben des Commentars zur vierten Art des Sachenrechts gemacht, in der neuesten Ausgabe aber dasselbe ganz aus der Classification weggelassen, weil es, wie er §. 280. Not. 1. sagt, nichts als ein Ausfluß der natürlichen Freyheit sey, auch keinen bestimmten Gegenstand habe. Herr Hofr. Glück ist dagegen im §. 178. seines Commentars der Meynung, daß man das ius in re nullius dem iuri in rem und in personam beyordnen müsse; denn, sagt Er, ersteres ist undenkbar, und mit dem Begriff und den Wirkungen des iuris in re nicht zu vereinigen, da es keinen bestimmten Gegenstand hat. Das daraus hergeleitete ius occupandi aber ist bald als ein bloßer Ausfluß der natürlichen Freyheit anzusehen, bald gehört solches zum Territorial Eigenthum, bald zum Privat-Eigenthum, oder zu andern entweder dinglichen z. B. Servituten, oder persönlichen Rechten eines Privat-Mannes.

Ich muß bekennen, daß ich den Zusammenhang in diesem Raisonnement nicht einsehe. Ob das

alles auf den Kopf zu stellen, mich immer hypochonder macht, so oft ich seine Demonstrationen lese.

das ius occupandi ein Ausfluß der natürlichen Freyheit sey, und einen bestimmten Gegenstand habe (welches letzte ohnehin unerheblich ist, da z. B. der Nießbrauch auch ohne ein bestimmtes Object gedacht werden muß), darauf kann hier ja schlechterdings nichts ankommen. Die Frage ist hier allein: kann der, dem das ius occupandi zusteht, dieses Recht durch eine vindicatio schützen? Da man in Praxi mit der actio confessoria und negatoria utili so liberal ist, so sehe ich nicht, wie man, wenigstens nach dem heutigen Gerichtsgebrauch, die Frage verneinen will.

Eben so wenig kann man unter der sogenannten possessio, oder dem Recht auf den Besitz, welches aus dem gehabten Besitz entspringt, eine dritte oder vierte Gattung bilden. Jedes Recht muß eins von beyden seyn, entweder ein dingliches, oder ein persönliches. Denn außer den beyden Fällen: ein Recht kann entweder unbeschränkt (in rem), oder beschränkt (in personam) geschützt werden, läßt sich kein dritter denken. Daß nun aber die Besitzrechte zu den persönlichen gehören, ist ganz offenbar. Nach Römischem Recht entspringen aus dem Besitz nur Interdicte, welche persönliche Klagen sind. Das remedium

spolii

spolii des Kanonischen Rechts ist zwar weitumfassender, aber die actio spolii ist doch immer eine personalis, weil Frevel und böser Glaube des Beklagten zur Begründung derselben gehört. Die einzige Ausnahme, da nach der Behauptung des Herrn Hofr. Glück 24) der Besitz dingliche Klagen ertheilen soll, halte ich auch nicht für richtig. Der Westphälische Friede ertheilte denen, welche in der Entscheidungszeit im Besitz waren, des Besitzes wegen das Eigenthum. Man kann also nicht sagen: den jetzigen Besitzern steht ihres Besitzes wegen eine vindicatio zu, sondern man muß sich so ausdrücken: der Besitz ward nach dem W. F. modus acquirendi dominium, und aus diesem dominio entspringt denn natürlich eine vindicatio 25). Ich glaube daher unbedingt den Satz aufstellen zu dürfen, daß der Besitz ein persönliches Recht ist.

Nach Deutschem Recht hat sich übrigens die Zahl der dinglichen Rechte noch vermehrt, und es gehören jetzt noch dahin: das Lehen, das Zinsrecht, das Zwangsbannrecht, und alle besondere Rechte, welche nach dem Gerichtsgebrauch mit einer

24) A. a. O. §. 181. a. f.

25) Pütter Geist des W. F. S. 355—360.

einer actio confessoria utili geschützt werden können. Auch das Retracts-Recht wird gewöhnlich dahin gezählt, wiewohl nicht alle dieser Meynung sind. Noch vor einigen Monaten ward von dem hiesigen Spruch-Collegio in einem Fall, da der Kläger den Dritten Besitzer wegen einer ex iure consanguinitatis zu retrahirenden Sache in Anspruch nahm, die Retracts-Klage als unzulässig verworfen. In den von mir nach dem Concluso des Collegii ausgearbeiteten Entscheidungsgründen ward die Frage: ob die Retracts-Klage gegen den Dritten Besitzer statt finde? auf folgende Weise verneint:

Wir wissen es freylich wohl, daß eine große Zahl von Rechtsgelehrten behauptet, die Retracts-Klage könne entweder unter der Benennung: rei vindicatio, oder actio in rem scripta, oder actio redhibitoria in rem scripta, oder actio quasi ex contractu, gegen jeden Besitzer des verkauften Stammguts angestellt werden 26); allein mehrere wichtige und entscheidende Gründe widerstreiten dieser Theorie.

Die

26) Walchs Näherrecht 1. B. I. Hauptst. §. 3. §. 6. II. Hauptst. §. 8. IV. Hauptst. §. 2. 3. et ibi cit. *Berger* Oec. iur. L. 3. T. 5. §. 13. *Gudelinus* de iure novissimo. L. III. Cap. 8.

Die Lehre von dem Retract beruht anerkannt nicht auf gemeinen deutschen Reichsgesetzen, sondern gründet sich lediglich auf ein fast allgemein geltendes Gewohnheitsrecht, und particulaire Statute. Daß die Retracts-Klage gegen jeden Besitzer zulässig sey, liegt nicht nothwendig in der Natur der Sache, und kann daher, weil überhaupt das Retracts-Recht im Zweifel eher zu beschränken, als zu erweitern ist, nur insofern angenommen werden, als erwiesen ist, daß durch positive, geschriebene oder ungeschriebene Gesetze dem Retrahenten jene weitumfassende Befugniß eingeräumt ist. Dieser Beweis ist aber von keinem der uns bekannten Schriftsteller auch nur durch einige Gründe geführt worden. Ein großer Theil begnügt sich bloß mit der Behauptung, daß die Retracts-Klage gegen den dritten und vierten Besitzer angestellt werden könne, ohne auf Gesetze zu verweisen, oder auch nur einen vernünftigen Grund anzuführen. Die, welche auf Gründe für ihre Meynung bedacht gewesen sind, schließen dagegen fast alle im Cirkel, indem sie zuvörderst die unerwiesene Behauptung aufstellen, das ius retractus sey ein dingliches Recht, und dann aus diesem Begriff (der doch offenbar den Beweis voraussetzt, daß aus dem Retracts-Recht

eine dingliche Klage entspringe) weiter folgern, die Retracts-Klage könne gegen jeden Besitzer angestellt werden.

Mehr raisonnirend, aber eben so wenig zutreffend ist das, was Walch 27) für seine Meynung angeführt hat. Wir geben es gern zu, daß die Retracts-Klage gegen den Besitzer als solchen angestellt wird. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß dieselbe gegen jeden Besitzer zulässig sey. Der Gesetzgeber kann jeden Thatumstand zum Entstehungsgrunde persönlicher Verbindlichkeiten machen, mithin auch den bloßen Besitz. Aus dem erwiesenen Rechtssatz, daß der erste Käufer durch die Retracts-Klage in Anspruch genommen werden kann, folgt also an sich nichts in Betreff des zweyten und dritten Käufers, und daß auch dieser dem Retrahenten verbindlich sey, bleibt folglich noch immer zu beweisen.

Wenn es nun auch gleich durch diese Gründe noch nicht direct erwiesen ist, daß die Retracts-Klage bloß gegen den ersten Käufer angestellt werden dürfe, so wird doch auf allen Fall die entgegenstehende Theorie dadurch zweifelhaft und ungewiß gemacht, und schon dieß ist zur Rechtfer-

27) A. a. O. 1. B. 4. Hauptst. §. 3.

fertigung unsrer obigen Behauptung hinreichend. Denn da der Retrahent im Zweifel nicht zu begünstigen ist, so dürfen ihm auch im Zweifel nur die Rechte eingeräumt werden, welche anerkannt und erwiesen sind; und von dieser Art ist bloß das Recht desselben, die Sache von dem ersten Käufer abzufordern.

Wir glauben aber aus der, durch Statute und Gewohnheiten allgemein bestimmten Natur des Retracts noch besondere Beweise hernehmen zu können, welche es bestimmt zeigen, daß die Retracts-Klage nicht weiter, als gegen den ersten Käufer zugelassen werden darf.

Bekanntlich kann nicht jeder, an welchen eine dem Retract unterworfene Sache veräußert ist, durch die Retracts-Klage belangt werden, sondern nur der, welcher dasselbe durch ein Rechtsgeschäft erhalten hat, welches eben so gut von einem Dritten, als dem Contrahenten selbst erfüllt werden kann. Durch die Retracts-Klage wird also die Sache nicht vindicirt, d. h. bloß aus dem Grunde verfolgt, weil der Retrahent an derselben sich ein Eigenthumsrecht zuschreibt, noch auch dadurch, wie bey den actionibus in rem scriptis der Besitzer als solcher unbedingt in Anspruch genommen, sondern es wird vielmehr

das

das Geschäft selbst retrahirt, und von dem Käufer verlangt, daß er die contrahirten Rechte und Verbindlichkeiten auf den Retrahenten übertrage. Die Retracts-Klage ist also ihrer Natur nach keine solche, durch welche unmittelbar die Sache selbst verfolgt wird, sondern sie geht zunächst nur auf die Uebertragung persönlicher Rechte und Verbindlichkeiten, und erst mittelbar auf den Besitz der Sache selbst. Sie kann folglich, so lange klare Gesetze nicht das Gegentheil verordnen, nur gegen die Person dessen angestellt werden, welchem diese persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten inhäriren; und es läßt sich mit den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen durchaus nicht vereinigen, wenn man eine Klage wider den zweyten und dritten Käufer gegen Leistung dessen, was der erste Käufer prästirt hat, gestattet, da doch offenbar der zweyte und dritte Käufer die Rechte und Verbindlichkeiten des ersten Käufers, welche auf sie nicht übergegangen sind, nicht auf den Kläger transferiren können. Werden also dieselben gezwungen, dem Retrahenten die Sache gegen Erfüllung der Bedingungen des ersten Kaufs herauszugeben, so wird eigentlich, ganz gegen die Natur der Sache, ein gezwungener neuer Verkauf geschlossen, und die Ver-

thei-

theidiger der von uns bisher angefochtenen Theorie verwickeln sich hier selbst in unleugbare Widersprüche, wenn sie unbedingt den Satz aufstellen, durch den Retract werde kein neues Geschäft eingegangen, sondern nur die erste Verbindlichkeit auf den Retrahenten übertragen, wie dieß unter andern Franzke 28) und Pistor 29) ausdrücklich und ohne Einschränkung annehmen.

Hierzu kommt noch, daß der einzige Grund der Erblosungs-Klage darin liegt, daß der alienirte fundus in Rücksicht des Verkäufers ein praedium avitum sey, dieser aber offenbar wegfällt, wenn die einmal an einen Dritten zur Familie nicht gehörigen verkaufte Sache von diesem aufs Neue an einen Fremden gebracht wird. Denn bey diesem letzten Act hatte die Sache schon aufgehört, in Rücksicht der Familie des ersten Verkäufers ein praedium avitum zu seyn. Die Qualität also der Sache, auf welche sich der Retrahent zur Erhaltung und Beybehaltung derselben nur gründen kann, hat gänzlich aufgehört, mithin muß sein ius retrahendi auch cessiren, weil das, was durch dieß verhindert werden sollte, nun schon geschehen ist.

Alle

28) Resolut. L. 1. n. 11.

29) Quaest. L. 1. qu. 50. n. 10.

Alle diese Gründe zeigen es denn wohl offenbar genug, daß Struben 30) vollkommen Recht hat, wenn er mit den von ihm angeführten Schriftstellern die Retracts-Klage nur bloß gegen den ersten Käufer gestattet wissen will.

Dritte Abhandlung.

Ueber dominium directum und utile.

Obgleich schon lange viele der ersten und scharfsinnigsten Juristen, Duaren 1), Cujaz 2), Donell 3), Vultejus 4), Zasius 5), und nach ihnen mehrere andere 6), wiewohl nicht alle

30) Rechtl. Bed.. 3. Thl. 133. Bed. S. 469. fgg.

1) Disp. anniv. L. 1. C. 17.

2) Obs. L. XI. C, 35.

3) Comment. de iure civ. L. 9. C. 14. in f.

4) Ad Inst. L. 2. T. 1. pr. n. 24.

5) Consil. L. 1. Consil. 12. n. 33.

6) Vergl. *Gilkenius* Comment. in Tit. ff. de acquir. rer. dom. *Madihn* princ. iur. Rom. P. II. §. 384. Schnaubert Erläut. des Lehnr. S. 4. *Suendendörfer* D. de putativo dom. utili. Lips. 1697. §. 1.

alle aus gleichen Gründen 7), die Eintheilung in dominium directum und utile verworfen haben: so ist dennoch bis auf den heutigen Tag dieser Widerspruch ganz vergeblich gewesen. Nicht allein die Praktiker haben einstimmig jene Eintheilung beybehalten, sondern auch ein großer Theil der theoretischen Juristen; und in unsern neueren Compendien und Handbüchern des Römischen Rechts ist sie fast ohne Ausnahme, als etwas gewisses und unstreitiges, aufgeführt.

Man ist nach und nach dahin gekommen, den ganzen Streit als etwas höchst unbedeutendes, als einen leeren Wortstreit, zu behandeln, und die, welche die Eintheilung, ohne des: in verbis simus faciles eingedenk zu seyn, anfechten, als inhumane Wortklauber darzustellen. „Die Ausdrücke sind zwar nicht aus den Gesetzen: sagt Herr Runde 8); aber sie sind auch nicht wider die Gesetze, übrigens dem Herkommen, der Natur

7) Die richtigen Gründe, warum man die Eintheilung verworfen hat, und verwerfen muß, werde ich unten anführen. Außer diesen hat man auch noch wohl folgende angegeben: der Name passe bloß auf die Klagen; oder: lege non distingente nec nostrum est distingere. *J. Böhem* Disp. de dominio Th. 40—43.

8) Grundſ. des allg. D. Pr. R. §. 264.

Natur der Sache, und dem Sprachgebrauch der Rechtsgelehrten vollkommen angemessen. Und da die Rechtsgelahrtheit so gut ihre Kunstausdrücke haben darf, wie jede andre Wissenschaft: so laufen alle Einwendungen dagegen auf einen unnützen Wortstreit hinaus." — In denselben Ton stimmen Höpfner 9) und Herr Danz 10) ein, und fast alle, welche sich jetzt über den Werth der Eintheilung äußern.

Freylich! wenn die Vertheidiger des dominii utilis und directi nur wüßten, und bestimmt sagten, was man sich darunter denken solle; wenn man sich damit begnügte, eine bloße Schul-Definition aufzustellen, und aus dem willkührlich angenommenen Begriff keine practische Resultate ableitete: alsdann möchten die Worte immer in Ehren bleiben. Allein zum Unglück ist beydes nicht der Fall, und die ganze Eintheilung dient in ihrer gegenwärtigen Form zu nichts, als zur Verwirrung theoretischer Begriffe, und zur Verfälschung practischer Wahrheiten.

Wenn man den Begriff des dominii utilis bey der Eintheilung des Eigenthums aufstellt, so geht

9) Comm. §. 291.
10) Handb. d. D. Pr. R. 2. B. §. 264.

geht man ganz leicht über die Sache hin. Die Definition wird, ohne Deduction und Beweis, kahl und nackend hingesetzt, und dabey läßt man es bewenden. Kommt man aber nachher z. B. in der Lehre von der Emphyteusis auf die Fragen: ob der Emphyteuta den Schatz iure accessionis erwerbe; ob bey der acquisitiven Verjährung des emphyteutischen Rechts die Grundsätze von der Usucapion des Eigenthums anzuwenden sind? u. s. w. so nimmt man keinen Anstand, mit einem kurzen Ja! zu antworten, weil der *Emphyteuta* nach dem vorhin Gesagten ein *dominium* habe. — Man sieht also, daß denen, welche des hergebrachten Sprachgebrauchs wegen das dominium utile beybehalten, ihr Begriff doch zu etwas gut ist; und die Gegner desselben fordern was Recht ist, wenn sie sich durch das Klagen über unnütze Logomachie nicht abweisen lassen.

Aber wir wollen auch hiervon abstrahiren; wir wollen es geschehen lassen, daß der Begriff des dominii utilis in unsre Systeme gleichsam wie vom Himmel fällt: man sage uns nur bestimmt, was denn eigentlich dominium utile sey, und wie viele Arten desselben es gebe?

Man sollte denken, die Vertheidiger desselben wären

wären wenigstens darüber aufs Reine gekommen; allein grade hier ist erst recht ihre schwache Seite. Viele lassen es bey der allgemeinen, höchst schwankenden und unbestimmten Beschreibung bewenden, das dominium utile sey ein ius dominio proximum, oder affine 11). Andre, um etwas bestimmter zu definiren, sagen, das dominium utile sey ein ususfructus cum particula oder portiuncula proprietatis coniunctus 12). Damit auch dieser Definition kein wesentliches Merkmal fehle, will Reinhard, (wahrscheinlich weil man sonst dem Pfandgläubiger ein dominium directum, dem Verpfänder hingegen ein dominium utile zuschreiben müßte) man solle immer hinzusetzen, der Theil der Proprietät, den der dominus directus habe, sey stets der erste und haupt-

11) *Greve* Ex. ad P. Ex. 8. in f. *Bachov* ad §. 1. I. de act. n. 11. *Hofacker* princ. iur. Rom. Germ. T. II. §. 1034. *Boehmer* ius Dig. Tit. si ager vect. §. 1. *Gudelinus* de iur. noviss. L. 2. c. 1. pr.

12) *Beyer* posit. inst. L. II. T. 1. n. 84. *Berger* oec. iur. L. II. T. 11. §. 5. *Struv* synt. iur. civ. L. 6. T. 3. §. 55. *Waldeck* instit. iur. Rom. §. 249. *Graß* de redit. dom. legal. §. 8. n. 5. *Hufeland* instit. des ges. R. §. 432. *Hert* Diss. de iure superfic. Sect. 1. §. 14.

hauptsächlichste; hingegen der Theil, den der dominus utilis habe, nur als ein von jenem abgenommener oder abgeleiteter Nebentheil anzusehen 13). Noch andre bleiben auch bey dieser mehr bestimmten Beschreibung nicht stehen, sondern suchen durch ihre Definitionen (was man denn auch wohl mit Recht verlangen kann) mehr das innere Wesen des dominii utilis auszudrücken. Aber auch hier sind die Definitionen wieder so verschieden, als die Schriftsteller. Der eine sagt: qui poteſtatem habet, re utendi fruendi, coniunctam cum poteſtate rem augendi et mutandi, eius dominium dicitur utile 14). Ein andrer: utile eſt, quod pleniſſimum uſumfructum et omnia rei emolumenta, ad heredes tranſitoria tribuit 15). Wieder ein andrer: eſſe dominum utilem, cui ius vindicandi et omnem utilitatem capiendi conceſſum 16). Indem Vinnius von

13) Samml. jurist. philosoph. und krit. Aufsätze. 4. Stück. 4 Abhandl. a. f.

14) *Thomaſius* Diſſ. de dominio eiusque natura in genere §. 34.

15) *J. Stein* de conſonant. iur. civ. et nat. in effect. domin. c. 1. in f.

16) *Heineccius* inſtit. iur. R. §. 336.

von der Emphyteusis handelt, sagt er, sie sey ein dominium utile, quia ad emphyteutam pertinet plenissima rei utilitas, et pari iure, quo dominus, rem tenet ac possidet, et adversus ipsum dominum utilem in rem actionem habet 17). Noch besser glaubt Darjes die Sache zu treffen, wenn er sagt; posito dominio minus pleno, alius est, qui habet dominium, alius, cui competit ius, illius iura quoad exercitium restringendi. Ille vocatur dominus directus, et hic dominus utilis 18). Herr Dabelow endlich meynt das Wesen des dominii utilis am bestimmtesten zu erschöpfen, wenn Er dasselbe in dem „Recht der vollkommensten Benutzung, verbunden mit einer eingeschränkten Disposition über die Substanz der Sache" bestehen läßt 19).

Zu alle diesen wesentlich von einander abweichenden Definitionen kommen nun noch wieder andre, welche denselben gradezu widerstreiten. So sagt z. B. Zösius, wenn bey dem einen der usus fructus, bey dem andern die proprietas sey,

17) Comm. ad §. 39. I. de rer. divis. nr. 3.

18) Inst. iurispr. priv. R. G. §. 696.

19) System der heut. Civ. Rechtsgel. 2. B. §. 1709.

sey, so heiße jener dominus utilis 20). Galvanus hingegen will die Eintheilung in dominium directum und utile bloß auf das wahre Eigenthum beschränken, und fährt dann fort: ego autem directum esse aio illud, quod rationi, rigori regulisque iuris civilis insistit; utile, quod ab aequitate proficiscitur 21). Wesentlich verschieden hiervon ist wieder das dominium utile, welches Herr Schmalz nur als solches anerkennt. „Oft wird etwas, (dieß sind seine Worte) was eigentlich kein Eigenthum ist, für Eigenthum im Gericht angesehen, und dem Berechtigten eine Klage gestattet, als ob er wirklicher Eigenthümer wäre. Man kann dieß nach Analogie der Klagen dominium utile nennen, im Gegensatz des wahren Eigenthums, dominium directum. Ein solches dominium utile wird theils da angenommen, wo man das dominium directum nicht kennt, nämlich beym redlichen Civil-Besitzer, theils auch, wo man ihn kennt, nämlich bey einem rechtmäßig erworbenen freyen Gebrauchsrechte 22).

Bey

20) Comm. ad P. L. 41. T. 1. n. 5.

21) de usufr. Cap. 25. §. 8.

22) Handb. des Röm. Priv. R. §. 239. 40.

Bey diesen verschiedenen Definitionen des dominii utilis ist es denn ganz natürlich, daß die Begriffe über die Arten desselben eben so sehr von einander abweichen. Die mehrsten zählen dahin das Recht des Vasallen, des Emphyteuta und Superficiars. Andre rechnen auch noch dahin den ususfructus 23), das Eigenthum der Unterthanen in Rücksicht des dominii eminentis des Regenten 24), das Recht des Ehemannes an den Dotal-Sachen der Frau 25), das Recht dessen welcher sub lege retrovenditionis eine Sache gekauft hat 26), oder dem die rei vindicatio cedirt ist 27), u. s. w. Diejenigen hingegen, welche nur bey dem wahren Eigenthum ein dominium utile anerkennen, leugnen dasselbe dem Vasallen, Emphyteuta und Superficiar ganz ab, und legen es dagegen dem bonorum possessor, dem, welcher ex secundo decreto inmittirt ist, u. a. bey 28). In diesem bello omnium

23) *Zoesius* not. 20. cit.

24) *Meier* Colleg. Argent. L. 41. Tit. 1. §. 5.

25) *Beyer* posit. inst. L. 2. T. 1. n. 90.

26) *Castrensis* ad L. 13. de pignor. act. nr. 6.

27) *Salycettus* ad L. 20. C. de pactis. n. 8.

28) *Galvan.* de usufr. cap. 2. n. 10. cap. 25. n. 9.

um contra omnes ist es denn, da man sich mehrentheils darauf eingeschränkt hat, den Begriff des dominii utilis durch Abstraction herbeyzuschaffen, schon a priori erweislich, daß auf dem gewöhnlichen Wege gar kein ordentlicher Begriff gefunden werden kann, und daß der, welcher in dieser Materie mit Definitionen anfängt, und mit Auctoritäten um sich wirft, seinen Gegenstand schlechterdings gar nicht kennt.

Dieser Vorwurf trifft denn auch ganz unleugbar den Verfasser der Abhandlung über das dominium utile, welcher im J. 1793. von der Göttingischen Juristen-Facultät der Preis zuerkannt ist 29). Nachdem in den Prolegomenis aus den Schriften der Glossatoren und andrer etwas über den Ursprung der Eintheilung angeführt ist: so kommt der Verf. im ersten Abschnitt auf den eigentlichen Begriff des dominii utilis, und fängt hier gleich so an: dominium utile plerumque, nec male, sic definiunt, quod sit plenus usfructus rei, cum parte proprietatis, parte altera domino directo relicta.

29) *C. H. Lang* comment. de dominii utilis natura, indole atque historia, eiusque in iure Romano et Germano vestigiis. Goett. 1793. 4.

licta. Quod si vero eiusdem dominii limites distinctius adhuc positi desiderentur, hos ego sic determinare conarer: Esse dominium utile ius in re, ex proprietatis caussa descendens, plenarie utendi fruendi, ac de ipsa substantia tanquam proprietarius disponendi, quatenus per id dominii directi exercitium non impediatur. Hierauf fährt der Verf. fort, zu zeigen, daß also in diesem Sinn das dominium utile unterschieden sey von der Proprietät, dem Nießbrauch, dem Besitz; daß der dominus utilis die Früchte der Sache, und den Schatz erhalte, darüber frey disponiren könne, u. s. w. Kaum begreift man es, wie der Verf., der, da er mit der historia dogmatis anfing, grade den rechten Weg gewählt hatte, um zum Ziele zu kommen, auf einmal diesen sonderbaren Sprung wagen konnte; und fast möchte man vermuthen, es sey nur geschehen, um nicht die Gunst seiner Richter, von denen sich wenigstens drey für ein dominium utile in diesem Sinn öffentlich erklärt hatten, zu verwirken.

Gewiß wird jeder unpartheyische Leser Herrn Dabelow 30) in dem Urtheil beystimmen, daß durch

30) Vers. einer richtigen Theorie der Lehre von den Lehnschulden etc. 1. Abth. 5. Cap.

durch diese Schrift die Theorie des Rechts nicht das Mindeste gewonnen habe. Wenn aber Herr Dabelow diese Materie dadurch glaubt aufs Reine gebracht zu haben, daß Er sich durch Abstraction von den Rechten, welche man gewöhnlich dem Vasallen, Superficiar und Emphyteuta zuschreibt, zu der Definition hinarbeitet: Nutzungseigenthum sey das besondere dingliche Recht, an einer fremden Sache, vermöge dessen jemanden die vollkommenste Nutzung derselben, verbunden mit einer eingeschränkten Disposition über die Substanz der Sache, und dem Rechte, die Sache von einem jeden Besitzer, und selbst von dem Eigenthümer derselben, oder dem sogenannten Obereigenthümer abzufordern, zuständig sey: so ist dadurch die Lehre vom dominio utili eben so wenig aufgeklärt. Man kann es einräumen, daß dem Vasallen, Superficiar und Emphyteuta die in der Definition angegebenen Rechte zustehen; allein was will Herr Dabelow antworten, wenn gefragt wird: stehen ihnen diese Rechte zu, weil sie domini utiles sind, oder weil das positive Recht ihnen zufällig dieselben einzeln beygelegt hat?

hat? Gibt es nicht noch mehr Arten des dominii utilis, welche, wenn man sie mit bey der Abstraction benutzt, zu einer wesentlich verschiedenen Definition führen? und wie soll man die widerlegen, welche die vorhin erwähnten Arten des dominii utilis ganz verwerfen, und dagegen generisch verschiedene Arten annehmen? Mich dünkt, es ist sonnenklar, der Begriff des *dominii utilis* kann schlechterdings durch keine Abstraction herbeygeschafft, sondern es kann nur dadurch ausgemittelt werden, daß diesem und jenem Rechte dieß und jenes Merkmal gemeinschaftlich sey.

Die Eintheilung in dominium directum und utile kommt anerkannt nicht im Römischen Recht vor 31). Was dadurch bezeichnet werden

31) Herr Woltaer sagt zwar in seinen Commentar. iur. Justinian. noviss. T. 1. §. 198. — — „quamvis non ignoret Justinianus cum suis antecessoribus dominium utile (quale habent tutores, procuratores, et innumerabiles alii), iam veteri iure frequentissimum. — Ich muß aber mit Herr Dabelow a. a. O. S. 57. und Koch bonor. possess. S. 168. bekennen, daß ich diese Theorie weder begreife, noch auch irgend eine Belegstelle kenne, woraus sie historisch gerechtfertigt werden könnte.

soll, mag sich materialiter im Römischen Recht finden; die Eintheilung selbst, als solche, ist eine Erfindung der Glossatoren. Die Untersuchung über den Begriff des dominii utilis muß also, aus den, in der vorhergehenden Abhandlung angegebenen Gründen, ebenfalls rein historisch seyn, und die historia dogmatis kann allein auf den wahren Begriff führen. Ich werde also auch hier wieder kein Wort von der Natur der Sache sagen. Der Philosoph kann nur den historisch eruirten Begriff des dominii utilis critisiren, und für die von ihm, nach vorgängiger Spaltung und Zusammensetzung, gebildeten Begriffe aus der Sprache des Volks passende Worte wählen. Den Begriff des dominii utilis im Natur-Recht deduciren (wie nach dem oberflächlichen Pufendorf viele gethan haben), ist ein höchst lächerliches und sinnloses Verfahren, zumal wenn man erst geschichtlich den Begriff desselben ausgemittelt hat.

Folgende Belegstellen aus den Werken der Glossatoren, und deren, welche zunächst nach ihnen lebten, ihre Schriften hauptsächlich benutzten, und mit ihren Ideen am vertrautesten waren, werden dazu dienen, diese Materie ohne Mühe aufzuklären, und selbst über die widerstreitenden

Begriffe der späteren Juristen befriedigende Aufschlüsse geben.

In der Glosse zu L. 1. de bon. poss. heißt es: itemque dominium utile; nam directum solus heres habet; — und weiterhin: non autem est heres, quum non habeat petitionem hereditatis directam, sed utilem. Zu L. 15. §. 16. de damn. inf. bemerkt die Glosse: wenn jemand ex secundo decreto immitirt sey, so erhalte er dominium utile secundum Guil. et Jo., vel secundum M. directum. Bey Erklärung der L. 1. si ager vectigal. führt Accurs an: der emphyteuta habe utilem actionem. Nun fährt er fort: et nota secundum Jo., quod non dicit hic, quod etiam utile habeat dominium. Sed satis potest dici. Eben so bemerkt er zu L. 2. in fin. de superficiebus: der Prätor habe den Superficiar zum domino gemacht, dando ei utilem in rem actionem; und deshalb könne er auch als Eigenthümer Servituten auflegen. Zu L. 3. de usurp. et usuc. setzt er hinzu: secundum hoc ergo non solum usucapione quaeritur dominium, sed et praescriptione, quod M. concessit. Sed Bulg. dixit, principaliter quaeri exceptio, secundario utile dominium. Et hanc et alias intel-

telligit de utili. Patet ergo, quod hoc verbum dominii diverſimode accipitur pro directo et utili. — In L. 1. C. de theſaur. wird geſagt: in ſuis quidem locis könne jeder Schätze aufſuchen. Das: in ſuis erläutert die Glosse mit dem Zuſatz: appellatione ſui accipe, ſive ſit dominus directo, vel utiliter, ut feudatarius, emphyteuta, et ſimiles, licet inutiliter dominus P. dixerit contrarium.

In einem kleinen Tractat von Azo über die uſucapio 32) kommen ähnliche Aeußerungen vor. So heißt es an der einen Stelle: Effectus autem uſucapionis triennii hic eſt, quia ſecundum omnes quaeritur dominium; ſed Bulg. ait, decennio vel XX principaliter quaeri exceptionem, ſecundario autem utile dominium. Unde et haec eſt ratio, quare uſucapione triennii non tollitur hypothecaria 33). An einem andern Ort: Eſt autem prae-

32) In einer Sammlung verſchiedener Schriften über dieſe Materie, welche den Titel führt: de praeſcriptionibus quae cum iure civili tum pontificio continentur tractatus perutiles ac neceſſarii, a diverſis editi. Colon. Agripp. 1568. 8.

33) Sub Rubr. pro emt. n. 33.

praescriptio secundum quosdam exceptio ex tempore caussam trahens, quod satis dici potest. Vel forte ita definitur praescriptio longi temporis, sicut et usucapio triennii. Nam per utramque acquiritur dominium, licet per primam directum, per illam utile 34).

Die ersten Nachfolger der Glossatoren, und die Schüler jener haben diese Eintheilung größtentheils beybehalten, und sich noch weit bestimmter darüber erklärt. So bemerkt Bartolus zu Auth. Collat. VIII. Tit. 8. n. 1. dominium utile vel quasi idem est. In seinem Commentar zu dem Titel de acquir. vel amit. poss. sagt er bey Erläuterung der L. 16. ibid. nr. 5. 6.: Quidam doctor Aurelianus dicit, quod unum solum est dominium. Sed duo sunt, et probo per L. possessor in I. C. de fundo patr., ubi dicitur, quod emphyteuta est dominus, et tamen alius remanet dominus, scilicet concedens; et si duo sunt domini, diversa dominia sunt, quia non idem dominium potest esse apud duos. Item

34) Sub Rubr. de long. temp. praescr. 10 vel 20 annor. princ.

Item probo per L. 1. in f. de aqu. et acqu. pluv. arc., ubi per usucapionem acquiritur utilis servitus, eadem ratione, sicut ponimus servitutem directam et utilem, eadem ratione dominium directum et utile. — — Item ius hereditarium dividitur in directum et utile. Sed ipsi respondent, quod utilem in rem habent, non utile dominium. Sed nihil est. Quaero, utrum utile dominium sit unicum, vel plura. R. plura; unum quod opponitur et contradicit, vero domino, et illud utile quod quaeritur ex praescriptione etc.

Auch Baldus nimmt ein dominium utile an, und zwar ebenfalls in einem Sinn, wovon fast keiner der neueren Juristen etwas weiß. In L. 3. si usufr. pet. wird nämlich gesagt: qui usumfructum traditum sibi ex caussa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet; est enim absurdum, plus iuris habere eos, qui possessionem duntaxat usufructus, non etiam dominium adepti sunt. — Den Inhalt dieses Gesetzes drückt Baldus durch die Summe

me aus: ius utile non est maioris rationis, quam ius directum.

Zu diesen Belegstellen füge ich noch folgende Aeußerungen von M. *de Afflictis* und A. Alciat hinzu. Et scias, schreibt jener in seinen Comment. super tres feud. libr. p. 416. n. 3., quod triplex est dominium, videlicet directum; secundo dominium utile, contrarium ipsi directo, ut est dominium, quod acquiritur ex praescriptione; tertio dominium utile subalternativum, quod subalternatur directo, et istud habent feudatarii et emphyteutae. Ganz vorzüglich merkwürdig ist aber das, was sich in Alciats Commentar über den Titel de acquir. vel amitt. poss. in Betreff des dominii directi und utilis findet. Bey Erläuterung der L. 17. ibid. kommt er überhaupt auf die Materie vom Eigenthum. Nachdem er selbst eine Definition desselben gegeben, und eine andere von Bartolus angeführt und entwickelt hat, fährt er fort: Sed quotuplex dominium esse dicemus? Et Bartolus receptiore sententia tradidit, duplex esse. Aliud enim directum, aliud utile appellari. At alii unicum duntaxat dominium esse dixerunt, cuius pars sit illud,

lud, quod utile dicitur. — Quae controversia magis verborum, quam effectus est. Hierauf zeigt er, auf wie mannigfaltige Weise das dominium directum beschränkt werden könne, und geht sodann noch besonders zu dem dominio utili über, welches er in vier Arten zerfallen läßt, nämlich 1. quod directo adversatur, nempe quod per longi temporis praescriptionem quaesitum est; — — 2. quod directum agnoscit, illique subiicitur, quale est emphyteutae, clientis et similium; — — 3. quod directo adhaerens est, quale illud cessionarii; — 4. quod legis interpretatione in alium transfertur, quum alius secundum regulas communes sit dominus, ut in re, quam quis ex militis, pupilli, ecclesiae pecunia emit u. s. w.

Aus allen diesen Bruchstücken ist nun zuvörderst soviel von selbst in die Augen fallend, daß die Benennung: dominium directum und utile lediglich von der den Römern bekannten Eintheilung der Klagen in directas und utiles hergenommen ist. Da dieß durch tausend Belegstellen erwiesen werden kann, so ist es in der That eine mit vieler Unwissenheit verbundene Ar-

roganz, wenn Gundling 35) den Ausdruck dominium directum von Recht ableitet, und zugleich sagt: „ein Halbgelehrter kann sehen, daß utile dominium und directum nicht ab utilibus und directis actionibus möge hergeführet werden.“ Eben so wunderbar ist es, wenn Höpfner, wie auch schon andre gethan haben 36), den Ausdruck dominium utile vom Nutzen herleitet, und dabey erklärt, woher das Wort dominium directum komme, wisse er nicht 37). So etwas sollte doch wohl ein Mann, der viele Jahre über Institutionen und Pandekten gelesen hat, am Ende haben aufs Klare bringen können! — Auch das leuchtet schon hieraus ein, daß die Lehre vom dominio directo und utili aus jedem Natur-Recht verbannt seyn muß, worin es keine actiones directas und utiles gibt.

Bevor ich aber zur Entwickelung des historischen Begriffes des dominii directi und utilis übergehe, muß ich folgende Bemerkungen, zur Be-

35) Gundlingiana. 12. St. n. 2. §. 3.

36) J. B. *Feltmann* tr. de iure in re et ad rem. cap. 15. §. 5. 6.

37) Comment. §. 291.

Begründung meines nachfolgenden Raisonnements, voranschicken.

Die actiones utiles fanden bey den Römern hauptsächlich dann statt, wenn jemand durch den Gerichtsgebrauch, oder das prätorische Edict eine Klage gegen die strengen Regeln des Civil-Rechts, oder nach Analogie des letzten eingeräumt ward. So entsprang z. B. aus dem dominio bonitario bekanntlich in den späteren Zeiten, nachdem es nicht bloß eine Einrede zur Schützung des Besitzes ertheilte, nur eine vindicatio utilis; und eben so ward die vom Prätor eingeführte actio publiciana nicht directa, sondern utilis genannt 38).

Nachdem aber Justinian den Unterschied zwischen dominium quiritarium und bonitarium aufgehoben, und das letzte dem ersten ganz gleich gesetzt hat, ist eine beträchtliche Zahl der actionum utilium verschwunden. So ertheilte z. B. die erwerbende Präscription vor Justinian ein dominium bonitarium; jetzt hingegen wird dadurch das dominium quiritarium erworben, und wer eine Sache präscribirt hat, kann nun also eine vindicatio directa anstellen

38) §. 4. I. de act.

len 39). Eben dieß ist der Fall mit dem bonorum possessor, dem Fideicommissar und andern, denen ehemals ein dominium bonitarium zustand 40). Nicht alle actiones in rem utiles fallen aber jetzt weg, sondern nur die, welche ehemals dem domino bonitario zustanden. Wer dieß nicht war, und dennoch eine actio utilis anstellen mußte, muß dieß auch gegenwärtig noch thun. Daher ist denn die actio publiciana, und die Klage des Emphyteuta und Superficiars noch immer eine actio utilis.

Das eigentliche Eigenthum befaßt, in seinem ganzen Umfange, mannigfaltige Rechte. Der Eigenthümer kann nämlich erstens alle Früchte der Sache ziehen, er kann sie ferner durch eine dingliche Klage verfolgen, und endlich außerdem noch viele andre Rechte an der Sache ausüben, sie veräußern, ihre Form verändern, sie destruiren u. s. w. — Trennt man das erste Recht, den Nießbrauch, vom Eigenthum, so nennen die

Rö-

39) Vergl. L. 15. §. 1. de condict. indeb. Tit. D. de diverſ. temp. praeſcr. L. 7. C. de l. t. pr. mit *Theophili* paraphraſ. ad §. 40. I. de rer. diviſ. L. un. C. de nudo Quirit. iure toll. L. un. pr. C. de uſuc. transf.

40) *Faber* coniect. L. 7. c. 4. L. 20. c. 11.

Römer das, was von diesem übrig bleibt, proprietas; beyde, den Nießbrauch und die Proprietät zusammengenommen, hingegen pleno proprietas, oder potestas 41).

Der Eigenthümer kann einem andern die theilweise oder vollständige Abnutzung seiner Sache überlassen (Servituten, Nießbrauch), oder jemand bloß einzelne Proprietäts-Rechte concediren (Verpfändung), oder zu dem Nutzungsrechte noch einzelne Proprietäts-Rechte hinzulegen. Zu der letzten Classe gemischter Rechte an einer fremden Sache gehört die Emphyteusis und superficies.

Solange der Eigenthümer die wesentlichen Proprietäts-Rechte einem andern nicht gänzlich übertragen hat, und nur bloß erlaubt, daß ein andrer einzelne Rechte an seiner Sache ausübe, ist und bleibt er wahrer Eigenthümer, und die, welchen jene einzelnen Rechte concedirt sind, haben nichts weiter, als ein ius in re aliena. Wenn man nicht in eine platte contradictio in adiecto verfallen will, so muß man dieß annehmen. Das wahre Eigenthum kann nur im condo-

41) §. 4. I. de usufr. L. 2. quib. mod. ususfr. amitt. L. 71. de iure dot.

dominio an einer und derselben Sache mehreren Personen zuständig gedacht werden. Sobald nicht mehrere pro indiviso gleiche Hauptrechte haben, ist Einer wahrer Eigenthümer, und alle, denen sonst Rechte an der Sache zustehen, sind ihm subordinirt, haben also kein Recht an einer eignen Sache, sondern üben nur nach Vergünstigung die Rechte eines Dritten aus.

Im allgemeinen Verstande nennen die Römer jedes dingliche Recht dominium. In diesem Sinn wird z. B. in L. 3. si usufr. pet. L. 15. §. 8. quod vi aut clam dem Nutznießer, und jedem, dem eine Servitut zusteht, ein dominium zugeschrieben, und in eben diesem Sinn wird auch der Emphyteuta dominus genannt 42). In engerer und eigentlicher Bedeutung verstehen aber die Römer unter dem Ausdruck dominium immer das wahre Eigenthum, und in diesem Sinn wird von dem Nutznießer 43), dem Superficiar 44), und dem Emphyteuta 45) aus-

42) L. 2. 4. 12. 14. C. de fundo patri.

43) L. 13. §. 1. de damn. infect. L. 19. eod. L. 5. pr. si usufr. pet. L. 11. §. 2. L. 15. pr. de pignor.

44) L. 19. cit.

45) §. 3. I. locat. L. 1. §. 1. si ager vectig. L. 1. 2.

ausdrücklich gesagt, daß ihnen kein dominium, sondern ein ius in re aliena, ein ius utendi fruendi zustehe. Durch Unterscheidung dieser engeren und weiteren Bedeutung läßt es sich also leicht begreifen, wie dem, welchem ein ius in re aliena zusteht, bald ein dominium zugeschrieben, bald dasselbe abgesprochen wird, je nachdem nämlich unter dem dominio ein dingliches Recht überhaupt, oder das, was wir wahres Eigenthum nennen, verstanden wird.

Nach diesen Vorerinnerungen läßt es sich nun leicht entwickeln, was die Erfinder des dominii directi und utilis bey dieser Eintheilung eigentlich dachten.

Alle vorhin zusammengestellten Aeußerungen zeigen es deutlich, daß die Grund-Idee der Glossatoren die war: jedes Eigenthum (denn die dinglichen Rechte, welche kein Eigenthum sind, theilten sie auch wieder in directa und utilia), welches einer Person gegen die Strenge des Civil-Rechts eingeräumt ist, heißt dominium utile, weil es nur durch eine actio utilis geschützt werden kann. Jedes Eigenthum dagegen,

2. 3. C. de iure emph. adde *Galvan.* de usufr. cap. 27. §. 4.

gen, welches einer Person, wirksam oder unwirksam, unbeschränkt oder beschränkt, nach der Strenge des Rechts zukommt, heißt, wegen der damit verknüpften vindicatio directa, dominium directum. Unsre Uebersetzung: Obereigenthum, und Nutzungseigenthum ist also ganz schief und unpassend. Wollte man ja ein Deutsches Wort dafür einführen, so müßte man sagen: strenges und Billigkeits-Eigenthum, oder dergleichen.

Das dominium utile im Sinn der Glossatoren ist zwiefach, nämlich

1. ein ausschließendes vollkommenes Eigenthum, welches nur in der Form (durch die Benennung der Klage) von dem vollen dominio directo unterschieden ist. Diese Art des dominii utilis läßt sich in der Sache selbst gar nicht anfechten, weil sie existirt, und selbst die Benennung verdient keinen Tadel, da sie, obgleich den Römern unbekannt, doch ziemlich analogisch gewählt ist, und dem, welcher den Römischen Sprachgebrauch kennt, nicht leicht zu einem Mißverständniß Veranlassung geben wird. Nur darin fehlten die Glossatoren und ihre Anhänger, daß sie manchmal Rechte, die anerkannt auch durch eine vindicatio directa geschützt werden können, wie z. B. das durch usu-

capio erworbene Eigenthum, auch dominium utile nannten. Hätten sie sich consequent bleiben wollen, so hätten sie das dominium utile bloß auf die Fälle einschränken müssen, in denen dem Eigenthümer nur eine actio utilis eingeräumt ist. Die erste, dritte und vierte Art des dominii utilis, welche Alciat annimmt, lassen sich alle auf diese Art des ausschließenden dominii utilis reduciren, wie auch die Vorgänger Alciats thaten. — Hierzu kommt nun noch

2. das concurrirende unvollkommene Eigenthum des Vasallen, Emphyteuta und Superficiars. Diese Art des dominii utilis ist aber ein Unding, und beruht auf einem groben Irrthum der Glossatoren. Sie fanden nämlich, (wie auch schon Duaren 46) und Huber 47) ganz richtig bemerkt haben, und die oben beygebrachten Belegstellen deutlich zeigen) daß der Emphyteuta auch dominus genannt werde, so gut, als der dominus directus. Ohne zu bedenken, daß sich durch Unterscheidung der verschiedenen Wortbedeutungen der Knoten ganz leicht lösen lasse, und daß man des-

we-

46) Disp. aniv. L. I. c. 17.

47) Prael. ad Tit. I. de acquir. rer. dom. §. 15.

wegen noch nicht Eigenthümer ist, weil man etwas mehr Rechte, als den Nießbrauch, an der Sache eines andern hat, zerhauten sie den Knoten, und nahmen zwey Arten des Eigenthums an, welche sich schlechterdings nicht auf einen exclusiven Gattungsbegriff zurückführen lassen. Die, welche gleich Anfangs, und nachher, sich darauf beriefen, daß zwey nicht zugleich Eigenthümer seyn können, fühlten diesen Irrthum recht gut. Allein die Menge war von dem Geist beseelt, welcher jetzt fast allgemein unter unsern Juristen und Philosophen herrscht: wo gewisse Dinge sich nicht mehr unter einem Begriff zusammenfassen ließen, hielt man es für hinlänglich, sie einem hübschen weiten Worte unterzuordnen; und so behielt denn diese logisch widersprechende Art des dominii utilis bis auf den heutigen Tag den Namen einer Art des Eigenthums, und veranlaßte es, daß viele denkende Köpfe, welche nicht an eine historische Aufklärung dachten, sich vergebens durch philosophische Feinheit einen Weg zu bahnen suchten, und am Ende auf den offenbaren Irrthum geriethen, eine species des Eigenthums, welche kein Eigenthum ist, anzunehmen. Dieß mußte denn auch nothwendig jeden Versuch, eine positive, das in-

nere Wesen des dominii utilis ausdrückende Definition zu bilden, ganz vergeblich machen, und daher schreibt sich denn auch offenbar der ewige Wechsel der Begriffe über diese Materie.

Nachdem man aufgehört hatte, sich um den bloß formalen Unterschied zwischen actionibus directis und utilibus zu bekümmern; nachdem die Eintheilung in dominium civile und naturale mehr hervorgehoben, und der Eintheilung in dominium directum und utile an die Seite gesetzt war; und nachdem man allgemeiner zu zeigen versucht hatte, daß der Präscribirende, der bonorum possessor, und der Fideicommissar zur Schützung seines Eigenthums eine vindicatio directa habe: so fing man auch nach und nach an, das dominium utile des Ehemannes an den Dotal-Sachen, des Präscribirenden, des bonorum possessoris, des Fideicommissars u. a. m. zu verwerfen 48). Auf diese Weise ward denn allmälig die erste Art des dominii utilis, grade die, welche auf richtigen Begriffen beruht, durch Vernichtung ihrer Theile ganz in Vergessenheit gebracht, und nur allein die zweyte Art bey-

48) S. besonders den oben not. 6. citirten *Suendendörfer.*

beybehalten, eben die, welche als Produkt irriger Begriffe, aus der Rechtswissenschaft ganz hätte verbannt werden sollen. Viele der bessern Köpfe, und zum Theil grade die, welche sich vorzüglich durch Gesundheit des Verstandes, und ächten Scharfsinn auszeichnen, machten auch diesen Versuch. Die, welche vergessen hatten, oder nicht wußten, daß die erste Art des dominii utilis existire (wie Duaren, Donell und Huber), verwarfen daher das dominium gänzlich; Galvan hingegen behielt die erste Art des dominii utilis bey, und erklärte sich gegen die zweyte, ein Verfahren, welches, so richtig es auch ist, gewiß vielen der neueren Juristen in dem Licht einer unbegreiflichen Paradoxie erschien.

Das Resultat aus diesen Erörterungen ergibt sich nunmehr gewissermaßen von selbst. Man muß nämlich zwey Hauptarten der dinglichen Rechte: Eigenthum (ius in re propria, wenn man will), und Rechte an der Sache eines Andern (iura in rem in re aliena), unterscheiden. Das erste ist wieder directum oder utile, je nachdem es (nämlich das wahre Eigenthum) durch ein actio directa oder utilis geschützt werden kann.

Die

Die Rechte an der Sache eines Andern sind wieder dreyfach, und zwar

1. bloße Nutzungsrechte, wie die Real- und Personal-Servituten 49);
2. bloße Proprietäts-Rechte, wie das Recht des simpeln Pfandgläubigers; endlich
3. gemischte, oder Nutzungs- und Proprietätsrechte. Hierher gehört z. B. der, dem eine Sache sub pacto antichretico verpfändet ist, der Vasall, der Emphiteuta und der Superficiar.

Welche Rechte aber denen zustehen, die ein solches gemischtes Recht haben, läßt sich aus keinem allgemeinen Begriff entwickeln. Sagen wir also, der Vasall, der Emphyteuta und der Superficiar haben diese und diese Rechte, so kann dieß nicht aus einem ihnen angeblich zustehenden dominio utili gefolgert werden, sondern man muß es historisch aus den Gesetzen lernen. Allen denen, welchen iura in re aliena eingeräumt sind, können also nur die Rechte beygelegt werden, welche ihnen aus-

49) Sie sind es wenigstens im Ganzen, und nicht unbedingt, wie manche sagen. Vergl. z. B. L. 13. §. 5. de usufr.

ausdrücklich durch Verträge oder Gesetze zugestanden sind, und die Präsumtion streitet solange für den wahren Eigenthümer, bis das Gegentheil deutlich erwiesen ist. Was man im Allgemeinen von denen, welchen man bisher gewöhnlich ein dominium utile zuschrieb, sagen kann, besteht darin: sie haben zu dem Nießbrauch noch Proprietäts-Rechte erhalten. Welche aber diese Proprietäts-Rechte sind, muß aus einzelnen positiven Bestimmungen deducirt werden. In diesem Geist haben auch schon manche die Materie vom Lehn, der emphyteusis und superficies behandelt, und dieß ist unleugbar der einzige Weg, wie man zu gesunden und richtigen Begriffen gelangen kann.

Frägt man mich, ob denn nicht wenigstens die drey vorhin genannten Arten des dominii utilis ihren bisherigen Gattungsnamen behalten sollen? so muß ich mich ebenfalls bestimmt dawider erklären. Die beliebte Methode, membra divisionis, welche unter keinen allgemeinen Begriff mehr passen wollen, durch ein hohles Wort zusammenzuhalten, ist ein Unsinn, der kaum einer Satyre werth seyn würde, wenn er nicht so häufig wäre. Zu diesem Unsinn muß man aber nothwendig kommen, wenn man den Aus-

Ausdruck dominium utile beybehalten will. Der generische Character jener drey Rechte besteht, wie gesagt, in nichts weiter, als darin, daß sie mit concedirten Proprietätsrechten verknüpfte Nutzungsrechte sind. Eben dieses Merkmal paßt nun aber auch auf das Recht des antichretischen Gläubigers. Unterscheidet man also diesen von den übrigen sogenannten Nutzungseigenthümern, so thut man nichts weiter, als daß man ohne Begriffe distinguirt, um ein altes Wort vom Untergange zu retten. Eine solche Humanität, die zu reiner Unvernunft führt, ist doch wahrlich lächerlich!

Wenn aber auch das Recht des Lehnsmannes, Emphyteuten und Superficiars auf einen richtig contradistinguirten Gattungsbegriff zurückgeführt werden könnte, so müßte dennoch ein andrer Ausdruck dafür aufgesucht werden. Die Glossatoren wählten das Wort *dominium* utile, weil sie den drey erwähnten Personen so etwas vom Eigenthum zuschrieben. Dieser Irrthum im Begriff fällt jetzt weg, warum wollen wir denn das Wort beybehalten, welches nur des Begriffs wegen gewählt ward, und welches die Glossatoren selbst nicht würden in Umlauf

lauf gebracht haben, wenn man ihre Begriffe aufgeklärt hätte?

Wer hier philosophisch zu Werke gehen will, muß nothwendig erst die Begriffe und Eintheilungen historisch darstellen, damit man die Schriften der ältern Rechtsgelehrten verstehe; alsdann nach der Natur der Sache die verschiedenen Arten der Rechte auf bestimmte und einfache Begriffe reduciren, und für diese Begriffe gemeinverständliche Worte aus der Sprache wählen. Sollte diese auch keine einfachen Worte enthalten, so ist es immer besser, den Begriff zu umschreiben, als denselben in einem einzelnen, nach falschen Begriffen gewählten, unpassenden Worte auszudrücken. — Durch schlechte Worte ist zuviel Unheil gestiftet, als daß man es nicht für eine der ersten Pflichten halten müßte, durch eine möglichst richtige Terminologie der Fortpflanzung alter Irrthümer entgegen zu arbeiten, und das deutliche Auffassen richtiger Begriffe zu befördern.

Wollte man ja für die Arten des sogenannten dominii utilis einen passenden allgemeinen Namen haben, so müßte man den Ausdruck dominium possessionis wählen, weil dieser wirklich im Römischen Recht, wiewohl in einem nicht ganz genau bestimmten Sinn, vorkommt.

Da

Da manche dieß dominium possessionis kaum dem Namen nach kennen, so muß ich hier wenigstens etwas darüber sagen.

Cujaz ist der erste, welcher es recht bemerklich zu machen gesucht hat, daß man auch ein dominium possessionis annehmen müsse. Er behauptet nämlich an vielen Orten in seinen Schriften 50), daß man ein dreyfaches dominium, und zwar ein dominium proprietatis, possessionis und ususfructus unterscheiden müsse, zu welchen Arten er in dem Comm. ad L. 21. de acquir. vel. amitt. poss. noch das dominium usus, als vierte Art hinzufügt. Eine eigentliche bestimmte Definition des dominii possessionis hat er aber nirgend aufgestellt, und sich hauptsächlich nur darauf eingeschränkt, beyläufig einzelne Arten desselben anzugeben. Zu diesen zählt er z. B. das Recht des bonorum possessoris, dessen, welcher wegen nicht geleisteter cautio de damno infecto ex secundo decreto

50) Comm. ad L. 4. C. de probat. ad Tit. C. si quis alteri vel sibi sub alter. nom., ad L. 25. D. de probat., ad L. 21. de acquir. vel. amitt. poss., in parat. ad L. 1. D. de bon. poss., und in den controvers. Jo. Roberti et J. Cuiacii L. III. c. 10.

decreto immittirt ist, und des bonae fidei possessoris.

Die Hauptstellen, in denen des dominii possessionis Erwähnung geschehen ist, sind L. 3. C. ubi in rem actio 51), L. 1. C. Gregor. si sub alterius nom. res emta erit 52), und L. 2. C. Theodos. de matern. bonis 53). In diesen Stellen wird dem bonae fidei possessor und dem Vater in Rücksicht der Adventition, welche beyde, der erste wenigstens interimistisch, ein volles Gebrauchs- und Besitzrecht haben, ein domi-

51) Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut — actoris intentiones suscipiat. Si vero — minime hoc — — facere maluerit, — — iudex, utpote *domino possessionis* nec — sui praesentiam faciente, eum citare curabit u. s. w.

52) Instrumenti scriptura non oberit, quod nomen contineat alterius emtoris, ad cuius fidem ipse confugeras, quum *dominium possessionis*, quod habuisse te semper, et adhuc habere proponis, securus oblineas. (Schulting p. 693.)

53) Quum ad patrem aliquid ex materna successione pervenerit, et ad liberos maternarum rerum successiones defluxerint, ita eos haberi placet in parentum potestate, *ut dominium tantum possessionis usurpent, alienandi vero licentiam non habeant* (Ed. Ritter. C. Theod. T. 2. p. 686.).

dominium possessionis zugeschrieben. Dieß hat denn Galvan veranlaßt folgenden bestimmten Begriff aufzustellen; dominium possessionis est ius, quo quis non suam rem sibi possidet, emolumenta, utilitatesque tamen ac fructus omnes sibi percipit 54). In diesem Sinn begreift er unter dem dominio possessionis das Recht dessen, welcher eine Sache durch longi temporis praescriptio erworben hat (welchem er nach seinen Begriffen nur eine perpetua possessio und kein dominium einräumt); ferner den Vasallen, den Emphyteuta, den Superficiarius, den bonae fidei Besitzer, den Usufructuar, und den Pfandgläubiger, welchem ein dominus possessionis sein Recht verpfändet hat 55). Er verwirft dagegen das dominium possessionis des ex secundo decreto Immittirten, und des bonorum possessoris, weil ihnen ein wahres Eigenthum, obgleich nur utiliter zustehe 56), worin auch A. Faber 57) gleicher Meynung ist.

Unter

54) De usufr. L. 27. §. 2.

55) A. a. O. §. 6. und Cap. 27.

56. A. a. O. Cap. 25. §. 8–10.

57) Rational. ad 4. §. 1. de alienat. iudic. mutand. causs. ad verba: neque enim alienat. Coniecturae L. 4. c. 7.

Unter den neueren Juristen hat Hofacker diese Galvanische Theorie vom dominio possessionis in seinen 1785 herausgekommenen Elementis iuris civilis Romanorum §. 289. fgg. im Ganzen angenommen, in seinen princip. iur. R. G. aber nichts weiter davon erwähnt, wahrscheinlich, weil die Gesetze keinen Begriff desselben aufstellen, und weil man nur durch Conjecturen zu einer allgemeinen Definition gelangen kann. Verwerfen läßt sich indeß das dominium possessionis nicht durchaus, wie manche gethan haben 58), da es in den Gesetzen namentlich von dem wahren Eigenthum unterschieden wird.

So viel ist aber auf allen Fall gewiß, daß der Begriff des dominii possessionis immer unpractisch bleiben muß, man bilde auch denselben so allgemein, oder so beschränkt, als man will. Denn er kann nur durch Abstraction von den Rechten derer, welchen ein dominium possessionis zugeschrieben wird, gefunden werden, und es läßt sich mithin, ohne einen Schluß im Zirkel, nichts daraus ableiten. Besonders kann für die Rechte des Vasallen, des Superficiars und Emphyteuta nicht das Geringste daraus gefolgert wer=

58) J. B. *Bachov* ad §. 2. I. de action. nr. 1.

werden, da das Recht derselben nirgend dominium possessionis genannt ist, und man erst an ihren, einzeln historisch zu erweisenden Rechten erkennen muß, daß sie ein dominium possessionis haben.

Vierte Abhandlung.

Bruchstücke zur Berichtigung und Ergänzung der gewöhnlichen Begriffe über die Wirkung des Irrthums bey Verträgen.

Obgleich die Lehre vom Irrthum sich durch ein auffallend practisches Interesse auszeichnet: so ist dennoch bis jetzt fast keine bedeutende Schrift darüber erschienen. In den Pandecten-Commentaren und größeren Systemen des Römischen Rechts wird fast durchgehends nur beyläufig, in hingeworfenen Sätzen, und auch größtentheils nur in Beziehung auf den Kauf, davon gehandelt. Die Hauptschrift, welche noch am vollständigsten ist, und jetzt auch am mehrsten benutzt wird, nämlich *F. G. Struv* de effect. error.

in contract. E. V. Kil. 1749. ist gleichfalls nur einseitig, selbst in Rücksicht ihres Hauptgegenstandes unvollständig, und in manchen Punkten gegen den Vorwurf der Seichtigkeit gar nicht zu retten. In dem Glückschen Commentar 1) ist diese Materie wohl unstreitig mit der mehrsten Auswahl, und Benutzung der vorzüglichsten Schriftsteller behandelt; aber dennoch glaube ich, daß es unmöglich ist, eine auch nur in den wesentlichen Grundsätzen richtige und vollständige Theorie daraus zu schöpfen. Da ich es nicht liebe, ausgemachte, oder von andern schon vorgetragene Wahrheiten zu wiederholen: so übergehe ich die Punkte, in welchen ich mit Herr Glück übereinstimme, ganz mit Stillschweigen, und schränke mich bloß auf folgende berichtigende und ergänzende Anmerkungen ein.

I.

Was ist Rechtens, wenn die Partheyen sich über das pretium irren?

Herr Glück hat diese Frage gar nicht berührt; die von ihm viel benutzten Struv 2) und

1) 4 Thl. §. 298. 99.
2) Diss. cit. Th. 28—32.

und Averan 3) hingegen entscheiden sie dahin: daß der error in pretio ein Geschäft eben so ungültig mache, als wenn die Partheyen sich über die wesentlichen Eigenschaften des Objects, oder über das Geschäft selbst geirrt haben. Als Belegstelle wird von ihnen L. 9. pr. de contr. emt. angeführt, wo es heißt: in venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est; ceterum sive in ipsa emtione dissentient, sive *in pretio*, sive in quo alio, emtio imperfecta est. Freylich sind diese Worte allgemein, aber sie widerstreiten, als unbedingte Regel verstanden, dem gesunden Verstande sowohl, als der ganzen Analogie des Rechts. Verkauft z. B. A. seine Sache an B., in dem Glauben, B. habe ihm 200 Thlr. geboten, während dieser nur 100 Thlr. geboten hat: so ist es ganz natürlich, daß man den Handel für nichtig erklärt. Denn B. kann nicht gezwungen werden, theurer, als er wollte, zu kaufen, so wie man A. nicht zwingen kann, wohlfeiler, als es seine Absicht war, zu verkaufen. Allein wir wollen den Fall umkehren: A glaubt, B. biete ihm weniger, als er wirklich thut, und überläßt ihm

für

3) Interpr. L. 4. c. 16. n. 5.

für den angenommenen Preis die Sache. Warum soll hier der Handel nichtig seyn? Alles kann ja leicht ausgeglichen werden, wenn A. erhält, was er zu erhalten dachte, und der Ueberschuß B. verbleibt. Dieß bringt schon die Vernunft mit sich, und eben so die Rechts-Analogie, da es ja ein ausgemachter Grundsatz ist, daß wenn der Acceptant weniger acceptirt, als ihm offerirt ist, der Vertrag in soweit, als beyde consentirt haben, gültig ist 4). Hierzu kommt nun noch die sehr entscheidende Bestimmung der L. 52. locati, wo Pomponius sagt: si decem tibi locem fundum, tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agitur; sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi. Es leidet daher wohl gar keinen Zweifel, daß es vollkommen richtig, wenn Titius 5) die Regel aufstellt: Si circa pretium erretur, ita ut venditor maius, emtor minus intelligat, error quoque efficax est, ac impedit contractum; si emtor maius intelligat, minori pretio emtio conclusa est.

II.

4) L. 1. §. 4. de V. O.
5) Jus privat. Rom. Germ. Lib. 4. cap. 2. §. 34.

II.

In wiefern bewirkt der Irrthum über die Bewegungsgründe Ungültigkeit des Geschäfts?

„Gleiche Bewandniß, sagt Westphal 6), hat es, wenn beyde Theile in den Bewegungsgründen irren. In solchem Fall kann der Käufer, wenn sich hernach der Irrthum aufklärt, den Verkäufer nicht weiter belangen, es kann auch alsdann der Verkäufer das Verkaufte zurückfordern." Zum Beweise beruft er sich auf L. 5. §. 1. de contr. emt., wo es heißt: sed si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest. Quemadmodum si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Herr Glück stellt mit Berufung auf Westphal und die eben angezogene Stelle auch die Regel auf: der Irrthum über die Beweggründe mache einen Vertrag ungültig, jedoch nur,

6) Vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzins-Contract. §. 782.

nur, wenn der Mit-Contrahent den Beweggrund wisse. Auf diese Weise sucht Herr Glück die L. 5. §. 1. cit. mit L. 65. §. 2. de condict. indebiti zu vereinigen, wo gesagt wird: id quoque, quod ob caussum datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. — Da nun in der ersten Stelle von einer venditio indebita die Rede ist, so folgt aus dieser Combination, daß ein indebite geschlossenes Geschäft nur dann ungültig wird, wenn der andre wußte, daß ich es in der Voraussetzung, zur Eingehung desselben verpflichtet zu seyn, schloß. Wie kann Herr Glück dieß mit den ausgemachten und bestimmten Grundsätzen über die condictio indebiti reimen? Es ist doch sonst unbestritten, daß es zur Anstellung der condictio indebiti genügt, wenn etwas indebite gegeben, oder ein Geschäft indebite geschlossen ist! Offenbar hatte, wie sich gleich zeigen wird, der seelige Westphal hier wieder einen seichten Einfall, wenn er aus der L. 5. §. 1. cit. seine Regel bildete, und Herr Glück hätte ihn ganz verlassen müssen, wenn Er gewünscht hätte, auf den rechten Weg zu kommen. Daß Herr Glück diesen verfehlt hat,

 ist

ist aber nicht allein aus dem eben gesagten, sondern auch aus §. 299. a. f. des Commentars in die Augen fallend. Es wird hier bemerkt: ein Irrthum über die Art und Güte der Materie vernichte freylich den Kauf nicht; jedoch (heißt es weiter, mit Berufung auf den oberflächlichen Struv) dürfte diese Regel wohl billig in dem Falle eine Ausnahme leiden, wenn der Irrende ein besonderes Interesse darthun könnte, warum die Materie der Sache grade von der Qualität und Güte seyn müsse, als er sich vorgestellt. — Wie ist es möglich, diesen Satz aus juristischen Grundsätzen zu vertheidigen, und wie kann Herr Glück denselben mit seinen eignen Begriffen vereinigen? Wenn ein Irrthum über die Beweggründe den Vertrag nur dann ungültig macht, wenn der Andre den Beweggrund wußte, sonst aber nicht, wie kann es denn das Interesse? Wer wegen des Irrthums über den Beweggrund das Geschäft als nichtig ansieht, thut es ja eben, weil er dabey ein besonderes Interesse hat. Verrichtet jener das Geschäft nicht, so kann es auch der irrig vorausgesetzte Vortheil nicht thun.

Wenn man nur bey Beantwortung jener Frage auf das Haupt-Princip, worauf die Römer die Lehre vom Irrthum gebauet haben, Rücksicht nimmt,

nimmt, und consequent schließt, so kann man schon zu keinen andern Grundsätzen gelangen, als denen, welche im Römischen Recht speciell über diesen Punkt aufgestellt sind. Der Grund, warum die Römer ein Geschäft eines Irrthums wegen als nichtig ansehen, wird immer darin gesetzt: quia *consensus* deficit 7). Der Consensus besteht aber in nichts anderm, als darin, daß die Absicht beyder Theile auf Einen Punkt, in Einem Object zusammentrifft. Nur der error in *obiecto* (in re et negotio) kann den consensus ausschließen; und sobald beyder Absicht in dem Gegenstande zusammentrifft, ist eine wahre Einwilligung vorhanden, sie mögen nun über die Beweggründe gleich denken, oder nicht. Es muß also vielmehr die allgemeine Regel seyn, daß der Irrthum über die Beweggründe ex capite erroris kein Geschäft ungültig macht, man mag nun ein Interesse an der Ungültigkeit haben, oder nicht. Nähme man diesen Grundsatz nicht an, so wäre es gar nicht möglich, zwischen der Lehre vom Irrthum, und der Lehre von Furcht und Betrug eine bestimmte Grenzlinie zu ziehen. Ein Geschäft wird ob metum und dolum caussam

7) L. 9. pr. §. 2. de contr. emt. L. 57. de O. et A.

sam dantem rescindirt, also wegen eines statt gefundenen Beweggrundes. Machte nun der Irrthum über den Beweggrund ein Geschäft ex capite erroris nichtig, wie wäre es dann möglich, daß die Römer ein stricti iuris negotium wegen eines doli caussam dantis erst rescindirt hätten? Die restitutio ob dolum ward doch nur subsidiarisch eingeführt, und der Prätor würde gar nicht genöthigt gewesen seyn, restitutio ob dolum zu versprechen, wenn es Grundsatz gewesen wäre, daß ein Irrthum über die Beweggründe Nichtigkeit des Geschäfts mit sich führe.

Hiermit stimmen nun auch die hierher gehörigen Gesetze genau überein, und zwar ganz entscheidend die vorhin erwähnte L. 65. §. 2. de condict. indeb., ferner L. 34. pr. de contr. emt. und L. 49. mandati. In dieser letzten Stelle heißt es: Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret, suum esse. — Et puto Titium — obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam. Et idcirco mandati agere posse, *si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit.* Auf den ersten Anblick scheint zwar L. 35. de A. R. D. (Si procurator

tor meus, vel tutor pupilli rem suam, quasi meam, vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam emittit) mit dem letzten Fragment in Widerstreit zu stehen; der Widerspruch ist aber nur scheinbar. Man muß zwey Fälle wohl von einander unterscheiden: ich verkaufe eine Sache, in der Absicht, grade diese Sache zu verkaufen, und weiß nicht, daß sie mein sey; oder: ich verkaufe diese Sache, die mein ist, in der Meinung, es sey eine andre, oder: ich tradire durch einen Mißgriff bey der Tradition eine andre Sache, als verkauft war, und als ich tradiren wollte. Im ersten Fall ist ein bloßer Irrthum in den Bewegungsgründen, in dem letzten hingegen ein error in obiecto vorhanden. Von dem ersten Fall spricht die L. 49. mandati; von dem letzten hingegen ist offenbar L. 35. cit. zu verstehen 8).

Die Regel, daß ein Irrthum in den Bewegungsgründen kein Geschäft vernichte, muß indeß schon nach allgemeinen Grundsätzen zwey Ausnahmen leiden, nämlich:

1. Wenn

8) Vergl. *Struv* evolut. contr. Lib. 41. Tit. 1. Th. 55.

1. Wenn es zur Bedingung gemacht ist, daß etwas in, oder außer der Sache, wodurch der eine Contrahent bewogen wird, existiren solle. Alsdann mag der Promittent wissen, oder nicht wissen, daß das Bedungene existire, oder nicht existire, also in dolo seyn oder nicht: so muß dennoch das Wegfallen des Beweggrundes die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich ziehen. Die Natur eines Vertrags bringt dieß schon mit sich, auch sagt dieß ganz bestimmt L. 58. de contr. emtione: Arboribus quoque vento deiectis, vel absumtis igne, dictum est, emtionem fundi non esse contractam, *si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur*, sive sciente, sive ignorante venditore.

2. Wenn jemand ein Geschäft geschlossen hat, in dem Glauben, er sey zur Abschließung desselben rechtlich verpflichtet. Die Gründe, warum man überhaupt die condictio indebiti gestattet, müssen hier auch nothwendig die Ungültigkeit des Geschäfts mit sich führen. Dieß ist es nun auch grade, was durch die vorhin angezogene L. 5. §. 1. de act. E. V. gesagt wird,

und

und hiermit stimmen auch mehrere andre Gesetze überein 9).

Auf diese Weise, glaube ich, lassen sich die Gesetze vernünftig vereinigen, und richtige Resultate aus richtigen Gründen aufstellen.

III.

Welchen Einfluß hat der Irrthum über die Person der Contrahenten, oder deren Eigenschaften?

Außer der Bestimmung, daß die Ehe wegen eines Irrthums über die Person, oder die wesentlichen Geschlechtsvermögen vernichtet werde, haben wir keine gesetzlichen Vorschriften über diese Frage. Herr Glück entscheidet sie so: wenn der Irrthum das Individuum der Person

9) L. 6. C. de iur. et fact. ignor. „Si non transactionis caussa, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico stipulanti spospondisse rector provinciae animadvertit, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.“ L. un. C. de error. calcul. „Sed et si per errorem calculi, velut debitam quantitatem, quum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi competit.“

son betreffe, so sey der Vertrag nichtig, wenn es nach der Natur des Vertrags, oder aus andern erheblichen Gründen nicht gleichgültig sey, ob man denselben mit dieser, oder einer andern Person geschlossen habe, wie z. B. bey Ehe- und Bevollmächtigungs-Verträgen der Fall sey. Bey andern Contracten entstehe aus dem Irrthum nicht leicht eine Nichtigkeit, wenn nicht der Irrende ein besonderes Interesse darthun könne. Zur Bestärkung beruft sich Herr G. auf Struv, welcher sich aber auch wieder bloß mit Machtsprüchen und Auctoritäten gewafnet hat. Betreffe hingegen der Irrthum die Qualität der Person, so vernichte er den Vertrag: 1. wenn der Mangel der Qualität auf die Fähigkeit zu paciscieren Einfluß habe, z. B. wenn jemand aus Irrthum mit einem Blödsinnigen paciscire; 2. wenn der Mangel der Eigenschaft auf den wesentlichen Zweck des Vertrags Einfluß habe; 3. wenn die Eigenschaft eine solche sey, welche als gewöhnlich vermuthet werden konnte. — Im Ganzen dieselben Ideen hat auch Höpfner (gleichfalls aus der Struvischen Dissertation) angenommen 10).

Ich

10) Comment. §. 734.

Ich bemerke gegen diese Theorie:

1. Wenn ein Vertrag deswegen ungültig wird, weil die eine Person zur Eingehung desselben keine Fähigkeit hat (z. B. ich kaufe eine Sache von einem Rasenden, den ich für vernünftig halte), so liegt der Grund, warum der Vertrag nichtig wird, nicht in dem Irrthum über die Person, sondern in der dieser mangelnden Qualität, wie auch schon Titius a. a. O. ganz richtig bemerkt hat.

2. Auf allen Fall und überhaupt kann aber in dieser Materie auf ein statt findendes Interesse gar nichts gebauet werden, weil ein Irrthum über die Beweggründe in der Regel nicht in Betracht kommt, und also auch nicht das bloße Interesse, womit der leidige Struv in dieser Materie sich überall aus der Noth zu helfen sucht. Der Entscheidungsgrund kann auch hier offenbar nur aus dem Begriff der Einwilligung genommen werden. Schließt ein Irrthum über die Person die Einwilligung nicht aus, so vernichtet er keinen Vertrag; im umgekehrten Fall aber allerdings. Auf andere Weise kann und darf man hier nicht raisonniren. Es frägt sich also: Ist bey einem Irrthum über die Person Einwilligung vorhanden, oder nicht? —

Ich

Ich antworte: man muß zwey Arten der Verträge, die, welche in einem Geben, und die, welche in einem Thun bestehen, unterscheiden. Irre ich mich bey den ersten über die Person z. B. ich verkaufe meine Sache an A., in der Meynung, er sey B., so ist immer ein wahrer consensus in obiecto (in re et negotio) vorhanden, und der Kauf kann ex capite erroris gar nicht angefochten werden, gesetzt ich sollte auch ein noch so großes Interesse haben, daß A. die Sache nicht erhalte. Ganz anders ist der Fall, wenn ein Vertrag zu Handlungen verpflichtet. Diese Handlungen sind dann das Object des Vertrags, und insofern ich darüber wesentlich irre, insofern muß denn auch die Ungültigkeit des Vertrages aus dem Irrthum folgen. Man kann hier nun die beyden Fälle unterscheiden:

a. Ich irre über das Individuum der Person z. B. A. verlobt sich aus Irrthum mit B., statt sich mit C. zu verloben; oder: F. läßt sich von G. Unterricht in den Wissenschaften versprechen, in dem Glauben, er sey H. — In allen diesen Fällen ist der Vertrag null und nichtig. Die Handlungen des B. sind nicht die Handlungen des C., der Unterricht des G. ist nicht der Unterricht des H. So wie ein Vertrag ungültig

ist,

ist, wenn A. mir statt der von mir gedachten Sache eine andre, statt des Nießbrauchs von diesem Grundstück, welches ich im Sinn habe, den Nießbrauch von einem andern Grundstück verspricht: eben so gut, und aus gleichen Gründen muß auch hier der Irrthum über die Person, welcher ein wahrer error essentialis in obiecto ist, die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge haben. Wenn hingegen

b. der Irrthum nur die Qualität der Person betrifft, so muß man unterscheiden: der Mangel der vorausgesetzten Qualität macht im Wesentlichen die Leistung der bedungenen Handlungen unmöglich, oder nicht. In jenem Fall (z. B. ein Mädchen heyrathet einen impotens) muß aus dem Irrthum nothwendig wieder Nichtigkeit des Geschäfts entstehen, und zwar aus denselben Gründen, warum ein Kauf nichtig wird, wenn der größere Theil des bedungenen Gegenstandes nicht existirt; im letzten Fall hingegen (z. B. es bedingt sich jemand Unterricht bey einem Stümper, den er aus guten Gründen für geschickt hält, oder: A. heyrathet ein mürrisches, kränkliches Mädchen, in dem Glauben, es sey munter und gesund) läßt sich das Geschäft des Irrthums wegen nicht als nichtig anfechten, weil

im

im Wesentlichen der Gegenstand des Vertrags zur Wirklichkeit gebracht werden kann.

So lassen sich, wie mir scheint, die bisher oft durch ein dunkles Gefühl richtig angenommenen Regeln aus juristischen Gründen deduciren.

Unbegreiflich ist es mir übrigens, wie Herr Gmelin 11) hat die Regel aufstellen können: Error *circa personas contrahentium* nullam facit conventionem, si circa personae *idenditatem* sit erratum, und wie es Ihm möglich gewesen ist, diese Regel in L. 15. de iurisd. L. 2. de iudic. L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. de V. O. zu finden. In diesen Fragmenten kommen folgende Fälle vor: A. und B. wollen den Prätor C. zum Richter nehmen, und wenden sich aus Irrthum an den Prätor D; oder A. und B. irren über die Person des verkauften Sklaven. — Wenn nun in diesen Fällen behauptet wird, das Geschäft sey ob errorem nichtig, so liegt ja offenbar der Grund nicht darin, weil ein Irrthum über die Person der Contrahenten statt fand, sondern weil hier der Irrthum

11) In *Hofacker* princ. iur. Rom. Germ. T. III. §. 1764.

thum über die Person ein error essentialis *in obiecto* war.

IV.

Was ist Rechtens, wenn der Irrthum von beyden Seiten nicht wesentlich ist?

Herr Glück hat über diese Frage im Ganzen nur mit Wenigem bemerkt, daß ein Irrthum über den Namen, die Accessionen, Zahl, Maaß, Gewicht und Güte der Materie den Handel nicht vernichte, und daß wegen eines Irrthums über die Güte nur das Interesse prästirt zu werden brauche.

Diese Grundsätze sind aber weder im Wesentlichen vollständig, noch auch überall richtig. Man muß vielmehr (unter Vorausschickung der bloß negativen Definition, daß jeder, nicht unter der Rubrik des error essentialis aufgeführte Irrthum, concomitans ist) so unterscheiden:

I. Wenn vermöge der Natur des Contracts die Eigenschaften der Sache gar nicht in Betracht kommen, und dieselbe schlechtweg genommen oder gegeben werden muß, wie sie bedungen oder versprochen ist, sofern sie nur überhaupt existirt; dann

dann hat der Irrende gar keinen Anspruch auf theilweise Zurückgabe, oder Entschädigung, und der Irrthum ist ohne allen Einfluß, z. B. wenn ein Handel per aversionem geschlossen ist 12), wenn nicht nach einem gewissen Gewicht überhaupt, sondern ausdrücklich nach diesem speciellen Maaß etwas gegeben werden soll 13), oder wenn eine Universitas verkauft ist, worin sich eine gewisse Species nicht befindet 14). In allen diesen Fällen hat der, welchem seiner Voraussetzung nach zu wenig gegeben wird, des bloßen Irrthums wegen schlechterdings keinen Regreß gegen den andern.

II. Es ist dieß nicht der Fall. Dann sind wieder zwey Fälle von einander abzusondern. Es ist nämlich entweder

1. ausgemacht, daß etwas gegeben werden muß, und es ist nur zweifelhaft, ob dieß, oder jenes? z. B. A. verspricht dem B. als Geschenk 100 Ducaten, er denkt: dänische, der andre: holländische; alsdann hat der Promittent, sofern nicht ex more regionis eine Entscheidung her-

ge-

12) *Leyser* Sp. 128. m. 3.

13) L. 18. §. 3. in f. de dol. mal.

14) L. 5. de eviction. L. 33. pr. de Aedilit. edict.

genommen werden kann, die Wahl, weil ihm dieselbe in ambiguo immer zusteht 15).

2. Es ist dieß nicht zweifelhaft, sondern es ist zufolge der Natur des Geschäfts gewiß, daß der eine zuviel weggegeben, oder der andere zu wenig erhalten hat. Alsdann kann

A. derjenige, welcher von einer Sache gegen einen Preis zuviel versprochen oder weggegeben hat, das Zuvielgegebene zurückfordern, sofern der andre das Zuvielerhaltene nicht als Theil eines Ganzen mitbedungen hatte, und eine theilweise Zurückgabe möglich ist; z. B. es verkauft A. an B. eine Quantität Getraide nach einem kleinen Maaß. Bey dem Ausmessen ist aber aus Versehen ein größeres Maaß genommen. Hier darf nicht auf einen Nachschuß des Preises, sondern nur auf Zurückgabe des Zuvielempfangenen geklagt werden 16). Hat hingegen der Empfänger das Zuvielerhaltene in einem Ganzen mitbedungen, oder ist eine theilweise Zurückgabe unmög-

15) L. 34. pr. de contr. emt. L. 138. §. 1. de V. O.

16) L. 18. §. 3. de dolo malo „atquin si maiora pondera commodavit, id, quod amplius mercis datum est, repeti condictione potest.“

möglich, so muß der Preis verhältnißmäßig erhöhet werden; z. B. A. kauft von B. ein Grundstück, beyde setzen voraus, es enthalte nur 10 Morgen, es ist aber 15 Morgen groß; oder: A. verkauft an B. diese Quantität Wein, beyde setzen voraus, und nehmen ausdrücklich an, daß er von einer schlechtern Art sey, als er wirklich ist. Hier findet keine theilweise Zurückforderung statt, sondern der Preis muß erhöhet werden 17). Hat aber umgekehrt

B. jemand von einer Sache gegen einen Preis zu wenig an Maaß oder Güte erhalten, dann kann der, welcher den Preis versprochen hat, denselben verhältnißmäßig verringern, und deshalb entweder das Retentions-Recht ausüben 18), oder durch die Contracts-Klage das Zu-

17) L. 40. §. 2. de contr. emt. „qui agrum vendebat, dixit, fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt: pro viginti deberi pecuniam respondit." Add. L. 26. §. 4. de condict. indeb.

18) L. 69. §. 6. de evict. L. 57. pr. de contr. emt. „In fundo vendito, quum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus iugeribus dictis."

Zuvielgegebene zurückfordern 19). Daß „ein solcher Irrthum nach den Gesetzen den Handel nicht vereiteln, sondern deshalb nur das Interesse prästirt werden solle," kann man auch unmöglich mit Herr Glück behaupten. Denn es wird hier ja der Fall eines zweyseitigen Irrthums, also einer schuldlosen Unwissenheit vorausgesetzt; und unter diesen Umständen kann denn von der Leistung des Interesse gar nicht die Rede seyn, wie dieß auch besonders für diesen Fall durch L. 45. de contr. emt. bestätigt wird: vestimenta interpola quis pro novis emit; — siquidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri; si sciebat, etiam damni.

Durch diese Unterscheidungen lassen sich denn auch die unbestimmten und einseitigen Sätze, welche man bey Voet 20) und Gmelin 21),

 über

19) L. 32. §. 1. de evict. L. 4. §. 1. L. 42. in f. de act. E. V. — „Sed rectius est, — — si quid deest emtori, sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri."

20) Comment. L. 18. T. 1. §. 7.

21) A. a. O. §. 1762.

über diese Materie findet, leicht ergänzen und berichtigen.

V.

Welche Grundsätze sind dann anzunehmen, wenn der Irrthum nicht zweyseitig ist, sondern nur einer von den paciscirenden Theilen geirrt hat?

Herr Glück beantwortet diese Frage durch folgende Unterscheidungen: wenn nur der eine Theil allein irrt, so ist entweder

I. der Nichtirrende in dolo, alsdann treten die Grundsätze vom dolo ein; oder

II. es ist dieß nicht der Fall, d. h. der Nichtirrende weiß nicht, daß der andre irrt. Alsdann kann

1. wenn der Irrende in errore vincibili war, von demselben das Geschäft gar nicht angefochten werden; war er aber

2. in errore invincibili, so ist entweder

a. der eine Paciscent in Ansehung der Hauptsache, oder anderer wesentlicher Umstände des Vertrags in einem solchen Irrthum gewesen, daß er den Vertrag zuverlässig nicht ge-

geschlossen haben würde, Falls er die wahre Beschaffenheit der Sache gewußt hätte, oder

b. der Irrthum ist von andrer Art. Dann ist in jenem Fall das Geschäft nichtig, in diesem kann aber nur bloß auf Schadensersatz geklagt werden.

Ich muß aufrichtig bekennen, daß ich nicht einsehe, wie es dem Verf. möglich gewesen ist, auf diese Distinctionen zu gerathen. Denn

1. kann man unmöglich zuvörderst auf den dolus, und dann erst subsidiarisch auf den error Rücksicht nehmen, vielmehr darf ein Geschäft ex capite doli gar nicht angefochten werden, solange die Nichtigkeit desselben sich noch ob errorem behaupten läßt. Die ausgemachte subsidiarische Natur der actio doli setzt dieß außer allen Zweifel, auch kann es noch besonders durch ein sehr starkes argumentum ab absurdo dargethan werden. Bekanntlich werden alle, sowohl bonae fidei, als stricti iuris negotia durch einen error essentialem null und nichtig, 22); hingegen muß ein stricti iuris nego-

22) L. 57. de O. et A.

gotium wegen eines doli caussam dantis, als nach der Strenge des Rechts gültig, rescindirt werden. Nach der Theorie des Herrn Glück hat also der dolus des einen Contrahenten die wirklich unbegreifliche Wirkung, daß dadurch ein, ohne denselben nichtiges Geschäft, nach der Strenge des Rechts gültig gemacht wird! Offenbar kann der mit dem Irrthum concurrirende Betrug nichts weiter bewirken, als daß der Irrende, nachdem zuvor ex capite erroris das Geschäft als nichtig angenommen ist, dadurch ein Recht auf Schadensersatz erhält.

2. Ist es durchaus nicht einzusehen, wie man in dem vorausgesetzten Fall eines einseitigen Irrthums so unterscheiden kann: entweder weiß der Nichtirrende um den Irrthum des andern, oder nicht. Denn ein einseitiger Irrthum besteht ja grade darin, daß der eine den Irrthum des andern kennt. Sobald ihm der Irrthum des andern unbekannt ist, ist ein zweyseitiger Irrthum vorhanden, z. B. A. verspricht B. das Haus Nr. 10, und glaubt, B. habe auch dieß Haus im Sinn; B. hingegen glaubt, A. verspreche ihm Nr. 11. Dieß ist ein zweyseitiger Irrthum, und Herr Glück hat auch selbst unter dieser Rubrik bloß Fälle dieser Art angeführt.

3. Es ist eine ganz falsche Voraussetzung, wenn Herr Glück glaubt, wer den Irrthum des andern wisse, sey in dolo, und um nicht in dolo zu seyn, müsse man von dem Irrthum des andern nichts wissen. Zum Beweise will ich nur folgenden Fall annehmen: ich schenke B., um ihm eine unerwartete Freude zu machen, ein junges, feuriges Pferd, welches er für ein altes, blindes, steifes Thier hält. Nachher entdeckt er seinen Irrthum. Ich möchte doch sehen, welches Fundament man in diesem Fall der actio de dolo geben könnte!

4. Will man aber auch dieß alles nicht in Betracht ziehen, so kann hier doch der Umstand, daß jemand den Contract ohne den Irrthum zuverläßig nicht würde geschlossen haben, gar nicht zum Entscheidungsgrunde angenommen werden. Denn in der Materie vom Irrthum kommt, wie gesagt, auf den Bewegungsgrund nichts an, und Herr Glück hat ja selbst vorhin bey Gelegenheit des zweyseitigen Irrthums den Satz aufgestellt, daß der Irrthum des einen Contrahenten über die Bewegungsgründe ohne Einfluß sey, wenn der andre Contrahent von den Bewegungsgründen nicht unterrichtet sey. Der von Herr Glück in Betreff des einseitigen Irrthums ange-

genommene Entscheidungsgrund fällt also gewisser-maßen vom Himmel, und ist auch von dem Verf. durch kein einziges Gesetz unterstützt.

Auch ist es

5. in Ansehung des einseitigen Irrthums gar nicht nöthig, den error vincibilis wieder von dem invincibilis zu unterscheiden. Diese Unterscheidungen gehören in die generalia de errore, und was dort im Allgemeinen gesagt ist, braucht dann nicht bey jeder Unterabtheilung wiederholt zu werden.

Will man zu richtigen und bestimmten Grundsätzen in dieser Materie gelangen, so muß man die verschiedenen Fälle unter folgende Rubriken bringen:

Wenn der Irrthum einseitig ist, so irrt entweder der Promittent, und der Acceptant nicht, d. h. dieser kennt den Irrthum jenes; oder der Fall ist umgekehrt. Wenn nun

I. derjenige, dem die Sache gegeben werden soll, den Irrthum des Promittenten weiß, so ist ihm entweder

1. bekannt, daß die Sache gar nicht, oder nicht im Wesentlichen, oder nicht so gut, als sie seyn sollte, und der Promittent denkt, daß sie sey, existire. In diesem Fall ist nun der Accep-

tant

tant, ungeachtet seiner Wissenschaft, nicht in dolo, das Geschäft ist, wenigstens nach der Strenge des Rechts gültig, und der Acceptant muß, wenn er etwas dagegen versprochen hat, das Versprochene leisten 23); doch kann er, wenn die Sache gar nicht, oder nicht im Wesentlichen existirt, sich gegen die Klage des Irrenden durch die exceptio non adimpleti contractus schützen 24).

2. Es ist ihm bekannt, daß ihm mehr, oder etwas besseres, oder ganz etwas anderes, als der Promittent denkt, versprochen wird. Dann ist er freylich in dolo; dennoch aber muß man weiter unterscheiden:

a.

23) L. 57. §. 2. de contr. emt. „Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor vero ignorabat (domum exustam esse): et hic enim oportet, venditionem stare, et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel, si solutum sit, non repeti."

24) L. 34. §. 3. eod. „Item si et emtor et venditor scit, furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur; si emtor solus scit, non obligatur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet."

a. Der Irrthum des Promittenten ist von der Art, daß er nach allgemeinen Grundsätzen für einen essentialis gehalten werden muß: unter diesen Umständen ist das Geschäft schon des Irrthums wegen nichtig, und braucht nicht erst des Betrugs wegen angefochten zu werden 24). Ist aber

b. der Irrthum des Promittenten nicht essentialis, so kann er entweder ob errorem concomitantem, nach den obigen Grundsätzen, auf Zurückgabe, oder Nachzahlung klagen, oder, wenn er die Aufhebung des Geschäfts wünscht, ob dolum caussam dantem dasselbe impugniren, oder, wenn beydes nicht angeht, ob dolum incidentem auf Entschädigung dringen.

II. Ist der Promittent nicht im Irrthum, sondern der Acceptant, so sind auch hier wieder zwey Fälle möglich:

1. Der Promittent weiß, daß er dem Acceptanten mehr, oder etwas verschiedenes, aber besseres, als dieser denkt, verspricht: dann muß nach der ganzen Analogie des Rechts der Vertrag gültig seyn, sofern im Wesentlichen ein Consens da-

24) *Cocceii* Jus contr. Tit. de dolo malo. Quaest. 2. princ.

dabey statt gefunden hat. Weiter kann er nicht gelten, weil ein Vertrag ohne Einwilligung ein Unding ist. Verkaufte daher A. dem B. eine der Qualität nach bessere Sache, als dieser denkt, so kann B. die Sache fordern. Verspräche er ihm hingegen 200 Thlr., während B. glaubt, das Versprechen gehe nur auf 100 Thlr., so darf B. nicht mehr als 100 fordern 25). Hätte endlich A. eine ganz andre, wiewohl bessere Sache im Sinn, als B., so würde der ganze Vertrag ungültig seyn 26). Sollte der Acceptant hierdurch Schaden leiden, so kann der Promittent, bey seinen guten Absichten, nicht als Betrüger auf Schadensersatz, oder das Interesse belangt werden; die Personen, welchen die Rechtsunwissenheit zum Nachtheil angerechnet wird, sind indeß in Fällen dieser Art immer in culpa, wenn sie nicht wissen, daß das Geschäft zum Theil, oder ganz ungültig ist, und insofern kann denn wohl der Promittent von dem Acceptanten durch die Actio in factum in Anspruch genommen werden 27).

25) Arg. L. 52. locat. L. 1. §. 4. de V. O.

26) L. 83. §. 1. de V. O.

27) L. 33. de dolo malo. *Wernher* P. VI. Obs. 372.

2. Der Promittent weiß, daß er dem Acceptanten weniger, oder etwas anderes, als dieser zu acceptiren denkt, verspricht; dann ist entweder

a. der Irrthum des Acceptanten essentialis: so ist das Geschäft ex capite erroris null und nichtig; doch kann der Acceptant die actio de dolo auf Schadensersatz anstellen 28).

b. oder nicht. Nun erst braucht man die Gültigkeit des Geschäfts ex capite doli zu bestreiten, und es gilt dann eben das, was vorhin unter I. 2. b. gesagt ist.

VI.

Ueber den Beweis des Irrthums.

Weil der Beweis eines statt gefundenen Irrthums in der Regel sehr vielen Schwierigkeiten unterworfen ist: so haben viele der ältern Juristen, und unter diesen auch der oft erwähnte Struv 29), den Grundsatz angenommen, daß es hinreichend sey, wenn der, welcher geirrt zu ha-

28) L. 62. §. 1. de contr. emt. L. 137. §. 1. de V. O.

29) Diss. cit. Th. 10.

haben behaupte, dieß eydlich erhärte. Mehrere neuere Juristen, unter andern der seel. Hofacker 30) und auch Herr Glück 31) sind hierin ohne weitere Erinnerung den alten Praktikern beygetreten. Ich glaube aber, daß in Civil-Sachen (denn in das Wespennest des iuramenti purgatorii in caussis criminalibus mag ich jetzt nicht stechen) dieser Grundsatz theoretisch gar nicht vertheidigt werden kann. Denn die Vorschrift des Römischen Rechts, daß niemand in seiner eignen Sache, ohne Einwilligung seines Gegners zum Eyde gelassen werden solle, ist ganz bestimmt 32), so wie die Vorschrift, daß der Richter nur dann auf den Eyd erkennen dürfe, wenn der, welcher etwas beweisen soll, viel, aber nicht alles, dargethan habe 33). Dieß hat auch seine guten Gründe. Ein Zeuge in seiner eigenen Sache ist nach der Natur der Sache immer höchst verdächtig, und das Recht würde fast so gut,

30) Princ. iur. R. G. T. I. §. 205.

31) §. 299. a. E.

32) L. 3. pr. de iureiur.

33) L. 31. eod. L. I. §. 40. depos. L. 3. C. de reb. cred. *Vinnii* Quaest. sel. L. I. c. 44. *Malblank* de iureiur. §. 69. 70.

gut, als gar nicht existiren, wenn man lediglich und allein aus seinem eignen Eyde einen Beweis für sich hernehmen könnte.

Aber, sagt man, der Beweis kann hier ja nicht wohl auf andre Weise geführt werden! Ich antworte: der Beweis ist freylich in solchen Fällen schwer zu führen, daraus folgt aber nichts weiter, als daß der Beweis für nicht geführt anzusehen ist, wenn er in einzelnen Fällen nicht durch ordentliche Beweismittel vollendet werden kann. Der Irrende muß das Unglück tragen, weil es unabänderlich ist. Und was bewirkt man durch die entgegenstehende Theorie? Doch in Wahrheit nichts anders, als daß man aus etwas, was selbst nach der Natur der Sache unbeweisend ist, einen Beweis hernimmt. — Der unselige Deus ex machina: si veritas aliter haberi nequit, welcher selbst schon von sogenannten bewährten Practikern lächerlich gemacht ist 34), und welcher in den Theorien der ältern Juristen über den Beweis bey jeder Gelegenheit sein Unwesen getrieben hat, sollte doch billig jetzt, in unsern philosophischen Zeiten, als das abgeschmackteste auf der Welt angesehen werden, zumal

34) z. B. *Stryk* U. M. Tit. de testibus §. 11.

mal da man schon in einzelnen Fällen (z. B. in Ansehung der testium de credulitate) das Ungereimte der nichts beweisenden Nothbeweise allgemein eingesehen hat.

VII.

Ueber die restitutio in integrum ob errorem.

Herr Glück sagt im 4ten Bande des Commentars §. 296: wenn ein Dritter mich betrüglich zur Eingehung eines Geschäfts verleitet habe, so bestehe das Geschäft, und der Betrüger müsse durch die actio doli belangt werden. Nur in subsidium, wenn der Betrogene mit der actio doli gegen den Betrüger nichts ausrichte, könne derselbe aus dem Grunde eines unüberwindlichen Irrthums gegen seinen Mitcontrahenten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Zum Beweise beruft sich der Verf. auf L. 3. §. 3. de eo per quem fact. quom. quis in iudic. sist., welches Gesetz aber von einem ganz andern Fall handelt, und auf die Meynungen von Wernher, Gmelin und Emminghaus. Bey der Entwicklung der Leh-

Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat Herr Glück 35) bloß erwähnt, daß es eine restitutio ob errorem gebe, und einige in den Gesetzen vorkommende Fälle einer solchen Restitution angeführt, ohne sich irgend auf die Frage einzulassen, ob und wenn ein Vertrag des Irrthums wegen rescindirt werden könne?

Wenn man nicht in eine, alle Schranken des strengen Rechts überschreitende, widerrechtliche Billigkeit verfallen will, so glaube ich, muß diese Frage nothwendig verneint werden. Der Prätor hat freylich speciell im Edict restitutio ob errorem versprochen 36); allein versprach er dadurch in allen Fällen Restitution, in denen jemand durch einen schuldlosen Irrthum gedrückt wird? und kann man in allen diesen Fällen Restitution ertheilen? Unmöglich läßt sich dies aus vernünftigen Gründen bejahen! Die besondern einzelnen Fälle, in denen im Römischen Recht des Irrthums wegen Restitution versprochen wird

35) Comm. 5. B. §. 432. a. E. 6. B. §. 472.

36) L. 2. *de rest. in int.* Paul. Sent. rec. L. 1. T. 7. §. 1.

wird 37), sind freylich außer Zweifel; in den übrigen Fällen aber, da jemand durch einen Irrthum verletzt ist, kann nur insofern die Restitution gestattet werden, als naturrechtliche Grundsätze, oder der Geist des Römischen Rechts dieß gestatten. — Wer ist nun aber wohl im Stande, von dieser Seite den Beweis zu führen, daß auch bey Verträgen ob errorem invincibilem Restitution gesucht werden könne? Im Römischen Recht kommt kein einziger Fall dieser Art vor, und selbst auf die Billigkeit beruft man sich vergebens. Was durch eine solche Restitution auf der einen Seite gegeben wird, wird in eben dem Maaß auf der andern genommen, und oft mehr, da es in tausend Fällen kein geringes Unglück ist, die Freude, einen Contract geschlossen zu haben, vernichtet zu sehen. Das Naturrecht kann hier nichts anders sagen, als: jeder trage die Folgen des Zufalls, welcher sich in seiner Person ereignet; und die gesetzgebende Klugheit wird dieß gern

37) Außer den in L. 1. §. 6. quod falso tut. auct. L. 11. pr. de exc. rei iudic. §. 33. J. de act. vorkommenden Fällen gehört auch eigentlich noch dahin die actio redhibitoria, und die rescissio ob laesionem enormem.

gern wiederholen, damit Treue und Glauben, und Festigkeit der Verträge nicht ganz und gar ein Spiel des Zufalls werden.

Fünfte Abhandlung.

Beyträge zu der Lehre von der condictio indebiti.

I.

Protestation wider eine angeblich neue Theorie in Betreff der Unzuläßigkeit der Zurückforderung einer aus Irrthum bezahlten Nichtschuld.

Man hat bisher angenommen, daß eine aus Irrthum erfüllte vollgültige, oder wenigstens in einigem Betracht wirksame Verbindlichkeit die Zurückforderung des Gezahlten ausschließe, daß hingegen ein aus Irrthum gezahltes *Indebitum* (d. h. wenn die Verbindlichkeit gleich Anfangs destructa oder inefficax ist, oder es ex post wird)

wird) durch die condictio indebiti zurückgefordert werden könne.

Nachdem Höpfner im Comment. §. 955. diese gemeine Theorie im Text vorgetragen hat, so bemerkt er in der Note: Weber zeige, daß diese Theorie höchst schwankend und unzuverläßig sey, und führt dann 4 Regeln an, nach deren erster das, was zur Erfüllung einer vom Anfang an nichtigen Verbindlichkeit bezahlt wird, nur dann zurückgefordert werden kann, wenn es die Gesetze ausnahmsweise in gewissen Fällen gestatten. Eben die in der erwähnten Note aufgestellten Unterscheidungen sollen denn auch nach §. 919. not. 2. des Commentars (wo der Verfasser sich am Ende aus Versehen ganz verkehrt ausdrückt) auf die Lehre von der Compensation angewandt werden.

Versteht man Höpfner so, wie es seine Worte mit sich bringen, so kann nach Webers neuen Theorie das, was zur Erfüllung einer vom Anfang an nichtigen Verbindlichkeit aus Irrthum bezahlt ist, in der Regel nicht condictione indebiti zurückgefordert werden. Ich habe auch viele junge Männer gefunden, welche die Stelle wirklich so verstanden, und getrost auswendig gelernt haben. — Und doch ist es offenbar,

daß Weber nie dergleichen gesagt, daß Höpfner Ihn auf die unbegreiflichste Weise mißverstanden hat, wenn er wirklich durch seine Worte ausdrücken wollte, was in ihnen liegt.

Weber hat nie daran gedacht, die gemeinen Begriffe über die condictio *indebiti* zu bestreiten 1). Was Er sagt, und sagen will, ist eigentlich dieß: wenn aus Irrthum eine Nichtschuld bezahlt ist; so kann freylich immer die condictio *indebiti* angestellt werden. Allein gesetzt jemand bezahlt ein indebitum wissentlich, kann alsdann diese wissentlich gezahlte Nichtschuld eben so condictione sine caussa zurückgefordert werden, wie sie im Fall irriger Zahlung durch die condictio indebiti (die immer einen error voraussetzt) hätte zurückgefordert werden können? Man hat diese Frage bisher häufig bejahet 2), aber durchaus unrichtig, theils weil der

1) Vergl. die Schrift über die natürl. Verb. §. 48. §. 75–77. §. 91.

2) Der von Weber §. 75. not. 1. citirte *Hellfeld* ist wirklich §. 975. und 758. der irrigen Meynung, obgleich man nach §. 834. glauben sollte, er habe selbst nicht recht gewußt, was er wolle. Dagegen ist der *Hellfeld* an die Seite gesetzte *Stryk* Tit. de condict. indeb. §. 5. Tit. de fundo dotali §. ult. ganz bestimmt eben der Meynung, welche Weber vertheidigt.

der condictio sine caussa hier das: donare voluisti im Wege steht, theils weil es auch sonst eine allgemeine Regel ist: in pari turpitudine melior est conditio possidentis. Nur ausnahmsweise erlauben die Gesetze in einigen Fällen die Zurückforderung des wissentlich Gezahlten; aus diesen Ausnahmen darf man aber ja keine Regel abstrahiren. Hierauf führt Weber diese Ausnahmen an, und dieß sind denn eben die, welche unter Höpfners erster Regel stehen.

Alles was Weber von der condictio sine caussa, oder dem Fall einer wissentlichen Zahlung sagt, hat nun Höpfner auf die condictio indebiti übertragen, und so kommt denn das monstrum in iure heraus, daß ein ex *errore* bezahltes *indebitum* in der Regel nicht soll zurückgefordert werden können.

Es ist in der That zu verwundern, daß bisher noch kein Recensent auf diesen handgreiflichen Unsinn aufmerksam gemacht hat. Sollte es aber auch möglich seyn, Höpfners Sätze so zu verstehen, daß die Ehre des Verfassers gerettet wird, so möchte ich doch alle die, welche über das Höpfnersche Compendium lesen, recht dringend bitten, bey dem angeführten §phen ein

War-

Warnungszeichen auszustecken. Ich habe die Nothwendigkeit davon zu oft erfahren.

II.

Ueber §. 7. J. de obl. quae quasi ex contract. nasc. und L. 4. C. de cond. indeb.

In diesen beyden Stellen wird die Regel aufgestellt, daß wenn jemand wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, auf deren Ableugnen die Strafe des Doppelten gesetzt ist, und das Einfache bezahlt, ohne es wirklich schuldig zu seyn, alsdann ungeachtet des Irrthums die condictio indebiti nicht statt finden solle. Höpfner 3) führt diese Vorschrift als etwas sonderbares an. Sie ist es aber nach den Begriffen der Römer gar nicht, und wird besonders dann ganz klar, wenn man richtige Begriffe über den Einfluß des Irrthums auf einen Vergleich hat.

Die Römischen Juristen präsumirten in manchen Fällen einen animum transigendi 4). Bezahlt nun jemand sogleich, ohne einen Proceß

3) A. a. O. §. 995. not. 2. a. E.

4) L. ult. C. de condict. indeb.

zeß zu wagen das simplum, welches er wirklich nicht schuldig ist: so kann keine Vermuthung stärker seyn, als die, daß er es in der Absicht gethan habe, um dem möglichen Fall, in duplum condemnirt zu werden, zu entgehen. Er transigirt also gewissermaßen mit seinem Gegner. Daß er irrt, macht auch nichts aus. Denn der Irrthum betrifft hier grade den, als ungewiß angenommenen Gegenstand, nämlich die Existenz oder Nicht-Existenz der Schuld, und ein solcher Irrthum kann nie dazu benutzt werden, einen Vergleich anzufechten 5). Ich kann daher auch **Vinnius** 6) nicht beystimmen, wenn er (da er doch kurz vorher, wie auch andre nach und vor ihm gethan haben, den Grund jener Bestimmung in einem vermutheten animo transigendi sucht) bemerkt: oportet vero caussam aliquam subesse, v. g. damnum esse datum, licet forte non ab eo, qui convenitur, sed ab alio; legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet forsan minus solenniter. Nam

5) L. 19. L. 29. pr. C. de transact. L. 78. §. 16. ad SCt. Trebell. L. 65. §. 1. de condict. indeb. S. überh. *Goetz* comm. de errore in transact. recte aestimand. Norimb. 1797. 4.

6) Comm. ad §. 7. J. cit.

Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni. Wer richtige Grundsätze über die Wirkung des Irrthums bey Vergleichen hat, wird dergleichen nie behaupten können.

Uebrigens ist jene ganze Vorschrift eigentlich schon nach Justinianischem Recht als aufgehoben anzusehen, da Justinian in L. ult. C. de condict. indeb. ausdrücklich die allgemeine Regel aufgestellt hat, praesumtionem transactionis non contra eos (die Zahlenden) induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur. Auf allen Fall ist sie bey uns eine Antiquität, wenigstens da, wo gegenwärtig jene Strafe des Leugnens abgeschaft ist 7). Denn hier muß nothwendig die Präsumtion mit allen ihren Folgen wegfallen.

III.

Ueber die Zurückfordrung der von einem schuldigen Capital indebite bezahlten Zinsen.

Man hat bisher fast allgemein angenommen, daß aus Irrthum indebite bezahlte Zinsen einer sors

7) Ob dieß als Regel anzunehmen sey, ist bekanntlich bestritten. Vergl. *Voet* Tit. de condict. indeb.

sors debita nicht condictione indebiti zurückgefordert werden können, sofern die gezahlten Zinsen nur nicht die gesetzmäßige Quantität übersteigen. Diese Theorie scheint auch, nach den gewöhnlichen Sprach-Regeln, der L. 26. pr. §. 1. 2. de condict. indeb. vollkommen gemäß zu seyn.

Weil wir so sehr daran gewöhnt sind, Liebespflichten von Zwangspflichten zu unterscheiden, und jene als für das äußere forum nicht-existirend zu betrachten, auch die Vorstellungsart, daß man wenigstens im Gewissen verpflichtet sey, von einem unverzinslich geliehenen Capital Zinsen zu bezahlen, bey uns nicht gemein ist: so haben manche versucht, dem Gesetz einen andern Sinn unterzulegen. Die von andern schon als mißglückt dargestellten Versuche dieser Art übergehe ich mit Stillschweigen, und bleibe bloß bey der Theorie des Herrn Prof. Weber stehen, welche täglich mehr Anhänger gewinnt, und noch von niemand ordentlich angefochten ist, obgleich sie nach meiner Ueberzeugung den Sieg über die gemeine Theorie nicht gewinnen sollte.

Der

indeb. Claproth Grundsätze d. ord. Pr. II. §. 142. Danz Handb. d. ord. Pr. §. 181. not. c. Wehre von ger. Einr. §. 60. 61.

Der Versuch, welchen Herr Prof. Weber gemacht hat, ist hauptsächlich darauf gerichtet, das Römische Recht auch in diesem Punkt mit einer gesunden Philosophie in Eintracht zu bringen. Zu diesem Zweck behauptet denn der Verfasser 8), daß in dem streitigen Gesetze nicht von usuris indebitis *ex errore* solutis, sondern von wissentlich gezahlten Zinsen die Rede sey. Herr Weber sucht diese neue Erklärung theils aus der Natur der Sache, theils durch einige andre Stellen aus Ulpiani Lib. XXVI. ad Edictum, in welchen gleichfalls von einer wissentlichen Zahlung gehandelt wird, besonders aber durch die letzten Worte des §. 2: nec videtur sciens indebitum solvisse, zu rechtfertigen, und zu unterstützen.

Ich glaube aber, daß es nicht schwer ist, die gemeine Theorie gegen diese Erklärungsart zu vertheidigen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Gleich die Anfangsworte des Gesetzes: si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae sol-

8) Diss. de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione. Suerin. Bütz. et Wism. 1783. 8. §. 12—21.

solvit, setzen die Richtigkeit der gemeinen Theorie außer allen Zweifel. Denn wenn man dieselbe nicht annimmt, und dagegen die Erklärung des Herrn Prof. Weber, so folgt ganz offenbar, daß ein wissentlich indebite bezahltes Capital allerdings zurückgefordert werden kann, und daß Zinsen, welche wissentlich von einer *sors indebita* gezahlt werden, der Zurückforderung gleichfalls unterworfen sind. Beydes widerstreitet aber Herrn Webers eignen Grundsätzen, und führt zu einer doppelten, unauflöslichen Ungereimtheit.

Man wende hiergegen nicht ein, das argumentum a contrario, worauf dieser Schluß beruhe, sey im Römischen Recht täuschend und mißlich, in der ursprünglichen Verbindung habe gewiß jene Stelle ganz natürlich den vernünftigen Sinn dargeboten. Ich gebe es zu, daß die Trüglichkeit des argumenti a contrario sich oft erweisen läßt; — aber welcher Zusammenhang läßt sich auch nur ersinnen, um es möglich zu denken, daß Ulpian so genau zwischen Capital und Zinsen, und dann wieder zwischen usuris sortis debitae, und indebitae unterscheidet? Hätte er an eine wissentliche Zahlung gedacht, so wäre ja alles ausgemacht einerley gewesen; —

wozu denn alle diese Unterscheidungen? Die vorhin angeführten Worte: nec videtur sciens indebitum solvisse zeigen auch gar nicht an, daß Ulpian eine wissentliche Zahlung vor Augen hatte. Im pr. des Fragments hatte er gesagt, wenn die sors debita ist, so fällt die Zurückforderung der Zinsen weg. Hierauf kommt er auf die Fälle, in denen bezahlte Zinsen zurückgefordert werden können, und zwar zuerst im §. 1. auf die usuras ultra legitimum modum, und dann in §. 2. auf usuras einer sors indebita. Schon dieser ganze Zusammenhang zeigt unwidersprechlich, daß Ulpian im pr. gar nicht von einer wissentlichen Zahlung handeln konnte, denn sonst würde er bey der Auseinandersetzung seines ersten Satzes sogleich das Thema verändert haben. In dieser Verbindung ist es denn auch leicht zu errathen, warum Ulpian die Worte: nec videtur sciens indebitum solvisse hinzusetzt. Wenn nämlich jemand wissentlich ein indebitum bezahlt, so fällt die Zurückforderung weg. Wer ein indebitum aus andern Gründen nicht zurückfordern darf, ist also dem gleich, welcher wissentlich gezahlt hat. Im pr. des Gesetzes hatte nun Ulpian einen Fall gehabt, da jemand, der ex errore bezahlt hat, dennoch als ein Wissender behan-

behandelt wird. Im §. 2. kommt er auf einen Fall, da das aus Irrthum Gezahlte zurückgefordert werden darf, und in diesem Fall, setzt er nun hinzu, wird der Zahlende nicht angesehen, als habe er wissentlich gezahlt. Diese Worte beweisen also, richtig verstanden, wider Herr Weber, nämlich daß im pr. des Gesetzes auch von einer irrigen Zahlung die Rede war, welche aber aus gewissen Gründen als eine wissentliche betrachtet, und in Rücksicht der Folgen dieser gleich gesetzt ward.

Auch ist der von Herr Weber mit Hülfe der Inscription des Gesetzes geführte Beweis ohne alles Gewicht. Ich mag hier die äußerst auffallende Mißlichkeit dieser ganzen Beweisart gar nicht einmal zur Sprache bringen; es genügt mir zu zeigen, daß im vorliegenden Fall gar kein Gebrauch davon gemacht werden kann. Ich gebe es zu, Ulpian handelte an einzelnen Orten in seinem L. XXVI. ad Edictum von einer wissentlichen Zahlung; aber bezog sich der ganze, oder auch nur der Hauptinhalt dieses Buchs grade darauf? Das ist es, worauf es ankommt, und dessen Gegentheil sich nun sogar ganz bestimmt erweisen läßt. Ulpian mag hier selbst entscheiden. In der L. 1. de reb. cred., welche

welche gleichfalls aus L. XXVI. ad Edict. gezogen ist, sagt er von dem Theil des Edicts, worüber er in dem genannten Buch commentirt hat: E re est, prius quam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo Praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit; omnes enim contractus, quos, alienam fidem sequuti instituimus, complectitur. Nam, ut Lib. 1. quaest. Celsus act. credendi generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo Praetor et de commodato et pignore edixit, u. s. w. Hierzu kommen nun noch mehrere in den Pandecten befindliche, aus demselben Buch gezogene Stellen, in welchen theils von ganz andern Materien 9), theils grade von der solutio indebiti ex errore gehandelt wird 10), so wie die ganz bestimmten Aeußerungen Ulpians, daß er auch die Lehre von der condictio indebiti in

9) L. 7. 9. 11. 13. de R. C. L. 18. 19. 23. 25. 34. de iureiur.

10) L. 26. §. 3. sqq. de condict. indeb. L. 51. de pact.

in diesem Buch erörtern wolle. 11). Unter diesen Umständen ist es denn wohl augenscheinlich das unbedeutendste auf der Welt, daß Ulpian in jenem Buch auch hin und wieder über die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld etwas erinnerte.

2. Gesetzt aber auch, es wäre als möglich zu denken, daß das streitige Fragment in seiner ursprünglichen Fassung und Verbindung sich auf eine wissentliche Zahlung bezogen habe: so ist es doch schlechterdings unmöglich, dasselbe in seiner gegenwärtigen Verbindung so zu verstehen. Es ist jetzt unter den Titel de condictione indebiti gesetzt, und muß, nach dem Geist dieses Titels, also von einer irrigen Zahlung verstanden werden. Und wenn man auch dieß nicht in Betracht zieht, so ist es doch schon, für sich betrachtet, in keinem andern Sinn zu verstehen Tribonian müßte seine Gedanken gar nicht bey einander gehabt haben, wenn er nicht gleich wahrgenommen hätte, daß das Fragment, aus seiner vorigen Verbindung gerissen, grade den Sinn, und keinen andern

11) L. 1. de condict. indeb. „Nunc videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest.“

andern darbiete, als den, welchen bisher die gemeine Meynung darin gefunden hat. Es kann uns aber nur darauf ankommen, das zu wissen, was Justinian selbst dachte und wollte.

Bey so bewandten Umständen ist es denn auch ohne Bedeutung, ob das Fragment sich mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und unsrer Philosophie vereinigen läßt, oder nicht. Wie manche anerkannte Sonderbarkeit findet sich nicht im Römischen Recht, und was vermögen Vernunftgründe, wo der Buchstabe des Gesetzes so klar ist? Ich glaube indeß auch noch durch einleuchtende Gründe zeigen zu können, daß es der ganzen Vorstellungsart der Römer, und besonders der Römischen Juristen gemäß ist, wenn Ulpian jene auf den ersten Anblick unbegreifliche Entscheidung aufstellte.

Nach einer Philosophie, welche auf Vernunft-Principien gebauet ist, kann zur Verfolgung einer Liebes- oder Gewissens-Pflicht durchaus kein Zwang gestattet werden, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil man in concreto niemals wahrnehmen und erweisen kann, daß grade diese Person dieser Person verpflichtet sey. Ist jemand z. B. reich, so kann man allenfalls wohl sagen, er sey den Armen zu geben schuldig,

nie aber: er muß diesem Armen etwas geben. Denn ist außer diesem nicht noch ein andrer mehr bedürftig, und kann man wissen, ob nicht der Reiche seinen Ueberfluß zu andern, und bessern Zwecken bereits bestimmt hat? Niemand hat also erkennbare, specielle Gewissens-Pflichten zum Guthandeln, obgleich man wohl unbedingt Vermeidung schlechter Handlungen von ihm verlangen kann.

Dankbarkeit ist keine moralische Pflicht, sondern nur eine wünschenswerthe, liebenswürdige Eigenschaft gutgearteter Menschen. Hat mir jemand unentgeldlich etwas geschenkt, oder geliehen, so kann keine Vernunft gebieten, das, was ich durch diese Freygebigkeit gewonnen habe, meinem Wohlthäter wiederzugeben, sobald ich kann. Wird mir ein Ueberfluß zu Theil, so muß die Vernunft fragen: wer unter allen Menschen ist der mehr bedürftige? Ist es mein Wohlthäter, so erhält dieser den Ueberfluß, aber nicht aus Dankbarkeit, sondern weil er der Dürftigste ist. Ist er dieß nicht, so muß meine Wohlthat dem mehr Bedürftigen zu Theil werden. Selbst im Fall eines Gleichgewichts läßt sich kein Vernunftgrund angeben, warum der dürftige Wohlthäter einem gleich dürftigen Dritten vorgehen sollte, viel-

mehr würde hier die Vernunft nichts weiter, als Theilung des Ueberflusses gebieten können. Ganz eben dasselbe gilt von den sogenannten Blutfreundschafts- und Verwandschafts-Pflichten (pietas), welche gleichfalls nur eine Eingebung des natürlichen Gefühls, keineswegs aber ein Werk der Vernunft sind.

Allein die Römer philosophirten nicht so, und ihre Moral, welche großentheils auf das Gefühl gebauet war, wich in wesentlichen Punkten von unsrer Vernunft-Moral ab. Mulier, sagt Julian in L. 32. §. 2. de condict. indeb., si in ea opinione sit, ut pro dote obligatam se credat, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione, *relinquitur pietatis caussa*, ex qua solutum repeti non potest. Hier wird ganz offenbar eine Liebespflicht als *in concreto* existirend anerkannt, und hierauf baut denn auch der Jurist, welcher raisonnirt, und nicht einen positiven Machtspruch erzählt, seine Entscheidung. Mehrere andre Stellen 12) beweisen es gleichfalls, daß auch andre Juristen dieselben Grundsätze hatten.

Wir

12) L. 5. §. 2. de agnosc. vel al. lib.

Wir haben hier also Fälle, da eine Sache des natürlichen Gefühls zur Pflicht gemacht, und diese Pflicht als eine specielle, erkennbare Verbindlichkeit betrachtet wird. Eben dieß ist nun aber auch in Ansehung der Dankbarkeit der Fall, welche überhaupt bey den Alten in hoher Achtung stand. Quod si ea, sagt Cicero 13), quae acceperis utenda, maiore mensura, si modo possis, iubet reddere Hesiodus; quidnam beneficio provocati facere debemus? an non imitari agros fertiles, qui multo plus offerunt, quam acceperunt? Etenim si in eos, quos speramus nobis profuturos, non dubitamus officia conferre, quales in eos esse debemus, qui iam profuerunt? — Noch entscheidender ist folgende Stelle aus den Briefen des jüngeren Seneca: In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, praeter sortem, extra ordinem numerant, beneficiorum autem usum esse gratuitum putant. Et illa crescunt mora, tantoque plus solvendum est, quanto tardius. Ingratus est, qui beneficium reddit sine usura. Itaque huius quoque rei ha-

13) De officiis. L. 1. c. 15.

habebitur ratio, quum conferuntur accepta et expensa. Omnia facienda sunt, ut quam gratissimi simus 14). Diese Vorstellungsart herrscht auch durchgehends in dem oft höchst langweiligen Tractat desselben Autors de beneficiis. Er hat sogar, wie der ältere Seneca 15) es für nöthig gehalten, die Frage aufzuwerfen: ob der Undankbare von dem weltlichen Richter bestraft, und auf Wiedervergeltung belangt werden könne? Freylich verneint er die Frage, aber nicht wegen des Unterschiedes zwischen Zwangs- und Gewissenspflichten, sondern aus andern Gründen, z. B. weil die Gerichtshöfe nicht zureichen würden, solche Rechtshändel zu schlichten; weil ein beneficium nicht geschätzt werden könne, u. s. w. 16).

In dieser Vorstellungsart der Römer liegt nun höchst wahrscheinlich der Grund jener Entscheidung. Auf Wiedervergeltung kann freylich nicht geklagt werden; gesetzt aber, ich fordre ein von

14) Ep. 81. in med.

15) Controvers. L. 9. Declam. 1. Them.

16) S. fast das ganze 3te Buch des Tractats de beneficiis.

von mir selbst aus Versehen abgetragenes Beneficium zurück, welches ich, eben weil es abgetragen ist, abtragen konnte, soll mir dann die Zurückforderung gestattet werden? — Wenn man einmal annimmt, daß Dankbarkeit eine speciell erkennbare Tugend ist: so muß die Frage verneint werden. Der Richter kann und darf freylich niemand zur Tugend, also auch nicht zur Dankbarkeit zwingen; aber er darf wohl jemand vom Schändlichen, also von der Undankbarkeit abhalten, und er muß eine Klage, welche auf einer anerkannten turpitudo beruht, nothwendig verwerfen, damit er nicht ein Diener und Gehülfe des Lasterhaften werde. — Und ist nun nicht grade die Klage, durch welche ein auch aus Versehen abgetragenes beneficium zurückgefordert wird, eine solche, welche auf einer turpitudo beruht? Muß nicht der Kläger seinem Gesuch das Fundament: ich will nicht dankbar seyn, obgleich ich es seyn könnte, zum Grunde legen? — Dieß alles folgt ganz natürlich aus dem Begriff einer erkennbaren Gewissenspflicht, und es ist um so weniger zu verwundern, daß die Römer daraus so schlossen, da sie auch in mehreren andern Fällen da, wo von einer moralischen turpitudo die Rede war, das äußere

Recht

Recht der Moral unterordneten 17). Gewiß beruht die vorhin angezogene L. 32. §. 2. de condict. indeb. auch auf gleichen Gründen. Der Jurist raisonnirt hier selbst aus Principien, und entscheidet wider die Zurückforderung der dos, nicht mit Hinweisung auf den favor dotis, sondern aus dem allgemeinen Grunde: quia pietatis caussa relinquitur. Bey allen officiis pieta-

17) Daher ist z. B. offenbar die Bestimmung geflossen, daß ein Vertrag nichtig ist, durch den mir etwas für die Unterlassung einer unmoralischen Handlung versprochen wird. Aus eben diesem Grunde scheint es mir auch am besten erklärt werden zu können, warum legata poenae nomine relicta ehmals nicht gefordert werden konnten. Was man gewöhnlich sagt: ein solches Legat war deshalb ungültig, quia in arbitrium heredis collatum erat, ist ganz falsch. Sollte es als solches betrachtet werden, so müßte es namentlich der Willkühr des Erben überlassen seyn. — Allein man frage nur sein Gefühl! Welcher fein fühlende Mann möchte wohl hingehen, und das fordern, was ein andrer durch eine verbotene Handlung verwirkt hat? Wer es thut, hat gewiß keinen feinen moralischen Sinn, und durch diesen zeichneten sich grade die edleren Römer so vorzüglich aus. Justinians Gefühle waren derber, und deshalb war es auch ganz natürlich, daß er in dieser Materie so vieles änderte.

tatis muß also dasselbe gelten, und zwar aus dem Grunde, den der Jurist selbst implicite durch seine Worte andeutet: weil der Zurückfordernde hier gegen eine erkennbare Gewissenspflicht angeht, und insofern etwas unmoralisches verlangt. So wie der Jurist hier nach seinen Grundsätzen ob pietatem die Zurückforderung für unerlaubt hält, eben so mußte Ulpian derselben in dem obigen Fall widerstreiten. Wer die L. 32. §. 2. cit. begreifen kann, muß auch die streitige L. 26. pr. cit. nicht unerklärbar finden. — Aus diesen Gründen kann auch wohl nur allein §. 7. J. de obl. quae quaes. ex contractu erklärt werden.

Es lassen sich zur Bestärkung dieser Erklärung auch noch aus dem Römischen Recht sehr starke Beweise anführen. Nach unsern Begriffen, wenigstens nach Vernunft-Principien ist die donatio remuneratoria nichts weiter, als jede andre Schenkung: quod nulla necessitate cogente gratis datur. Nicht so nach der Vorstellungsart der Römer. Die donatio remuneratoria wird von ihnen als eine Art pflichtschuldiger Gegenleistung angesehen, und hat im äußern foro weit mehr Kraft, als die donatio sim-

simplex 18). Ulpian sagt sogar in L. 25. §. 11. de hered. petit, nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, *quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt.* — Wem ist es nun aber unbekannt, daß die Römer die nicht ganz vernichteten, aber auch nicht vollgültigen, also mit einigem gerichtlichen Effect versehenen natürlichen Verbindlichkeiten vorzugsweise obligationes naturales nannten, und daß die scharfe Unterscheidung zwischen Zwangs- und Gewissenspflichten erst eine Erfindung der neueren Zeit ist?

Ganz entscheidend für meine Erklärung ist nun auch folgendes, von Paulus herrührende Fragment: Quum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras sibi retinere 19). Hier ist fast derselbe Fall, und dieselbe Entscheidung, und zwar wieder von einem andern Juristen. Schon aus dieser Entscheidung würde das gefolgert werden müssen, was in L. 26. pr. de condict. so klar entschieden steht; und welche Gewißheit kann nun wohl größer seyn, als die, welche hier nothwendig aus den

18) Vergl. z. B. L. 27. L. 34. §. 1. de donation.

19) L. 8. in quib. causs. pign. tacit.

den im Wesentlichen gleichen Entscheidungen drey der ersten Juristen entspringen muß?

Diese Bemerkungen machen es denn auch wohl einleuchtend genug, daß die Materie von der Natur und dem gerichtlichen Effect unsrer sogenannten Gewissenspflichten nach Römischem Recht bey weitem nicht so vollständig bearbeitet ist, als sie es seyn sollte, und daß es wohl der Mühe werth wäre, diese Materie einer neuen, und sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen.

Sechste Abhandlung.

Ueber das Substitutions-Recht des Mandatars.

Schon Bartolus hat die Regel aufgestellt: Procurator ad negotia potest alium substituere; secus in procuratore ad iudicia, qui non potest substituere, nisi lis fuerit conte-

sta-

stata 1). Diese Regel hat man auch bis jetzt allgemein beybehalten, und nur über die Ausnahmen derselben sind nach und nach verschiedene Meynungen entstanden.

Die Richtigkeit jener Regel läßt sich auch sowohl aus dem Römischen, als Kanonischen Recht erweisen. In L. 8. §. 3. mandati heißt es: Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur; tenetur autem, quia agere potest. Quanquam enim volgo dicatur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est; ad agendum enim duntaxat hoc facere non potest. Dasselbe wird durch andre Gesetze deutlich bestätigt, in denen gesagt wird, daß der Mandatarius wegen der Versehen seines Substituten nur insofern verantwortlich werde, als er denselben unbedachtsam gewählt habe 2). Hätte der Mandatar überhaupt kein ius stubstituendi, so wäre diese Bestimmung ganz sinnlos.

Noch

1) Summ. ad L. 8. §. 3. mandat.

2) L. 2. in fin. si mens. fals. mod. L. 21. §. ult. de neg. gest. L. 50. de admin. tutor.

Noch entscheidender, wo möglich, ist cap. ult. de procurat. in 6: Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. Et quamvis alias is, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit, in hoc tamen casu, (propter magnum, quod ex facto tam arduo posset periculum imminere) non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit commissum.

Dennoch hat Herr Emminghaus es kürzlich gewagt, die bisherige Theorie ganz und gar zu bestreiten 3), und zwar aus folgenden Gründen:

Wer jemand ein Mandat ertheile, habe zur Absicht, daß grade diese Person das Mandat vollführen solle, daher auch durch den Tod des Mandatars der Vertrag erlösche. Daraus, daß nach L. 8. §. 3. cit. der Mandatar gegen seinen Substituten klagen könne, folge nichts. Denn es gebe Fälle, da der, welcher überhaupt kein Mandat habe, dennoch den belangen dürfe, welchen er

3) In not. ad *Cocceii* ius controv. Tit. mandat. quaest. 3. not. h.

er zur Besorgung der Geschäfte eines Dritten ernannt habe. Auch gebe der Jurist nicht undeutlich zu erkennen, daß der Substitut des Mandatars diesem nicht gleich sey, da er den von einem mandatario extraiudiciali ernannten Substituten demjenigen vergleiche, welchen ein mandatarius iudicialis sich ante litem contestatam substituirt habe. Hierzu komme nun noch L. 27. §. 2. mandati, worin Cajus nicht allein die Substitution nicht anrathe, sondern vielmehr einen ganz andern Weg vorzeichne. Die Worte: et quamvis alias u. s. w. im cap. ult. cit. müsse man als verba enunciativa betrachten, auch hebe das päpstliche Recht nicht leicht das von ihm falsch verstandene Römische Recht auf.

Es bedarf wohl nur wenig Worte, um diese neue Theorie zu widerlegen. Ob der Mandans gewöhnlich allein auf den Mandatar sein Vertrauen setze, darauf kommt hier nichts an, weil wir Gesetze über diesen Punkt haben, welche deutlich die gemeine Meynung bestätigen. Was Herr Emminghaus über die L. 8. §. 3. cit. sagt, ist mir ganz unerklärbar. Wo geschieht in diesem Gesetz eine Vergleichung zum Nachtheil des mandatarii extraiudicialis, und was kann

kann deutlicher seyn, als die Bestimmung, daß ein Procurator nur allein ad agendum vor der L. C. keinen Substituten ernennen dürfe? In allen übrigen Fällen muß es ihm also erlaubt seyn. Vergebens beruft sich der Verf. auf L. 27. §. 2. cit. Der Jurist handelt hier gar nicht von der Substitution, sondern von einseitigem Aufgeben des Mandats 4). Hierüber gibt er denn mancherley Vorschriften, welche aber alle mit dem Fall, da jemand Mandatar bleibt, und nur durch einen andern gewisse Handlungen vollführen läßt, schlechterdings in gar keinem Zusammenhang stehen.

Noch weniger Rücksicht verdient das, was der Verf. anführt, um die Auctorität des kanonischen Rechts aus dem Wege zu räumen. Wie ist es möglich, da, wo ausdrücklich eine Regel auf-

4) Qui mandatum suscepit, si potest id explere, *deserere promissum officium* non debet: alioquin, quanti mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit, explere se id officium non posse, id ipsum, quum primum poterit, debet mandatori nunciare, ut is, si velit, alterius opera utatur; quod si, quum possit nunciare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur; si aliqua ex caussa non poterit nunciare, securus erit.

aufgestellt wird, und zwar eine Regel, welche wieder ausdrücklich dem vorliegenden Fall entgegengesetzt ist, verba enunciativa, d. h. Worte, die keine Regel sind, sondern nur historisch besondrer factischer Umstände erwähnen, vorauszusetzen? Und wäre auch die Vorschrift des Papstes aus einer irrigen Interpretation des Römischen Rechts entstanden: so bliebe sie dennoch für uns Gesetz. Das anerkannt geltende kanonische Recht verdankt seinen Ursprung häufig Mißverständnissen. Dennoch befolgen wir es, (soweit es nicht den Religionsbegriffen einer Parthey widerstreitet,) weil weder die Vernunft noch ein Gesetz dem Richter, als Ausleger und Vollstrecker des Rechts, die Befugniß geben kann, oder gegeben hat, ein Gesetz seines schlechten Grundes wegen als nicht-existirend zu betrachten.

Sie-

Siebente Abhandlung.

Bestreitung der bisherigen Theorien über das Antretungs-, Deliberations- und Transmissions-Recht des Erben.

Die in der vorstehenden Ueberschrift angezeigte Materie ist durch Justinians Verordnungen, welcher fast überall die einfachsten Lehren des ältern Rechts verwirrt und verdunkelt hat, so äußerst schwierig und subtil geworden, daß es keine geringe Arbeit ist, darin zu festen und bestimmten Grundsätzen zu gelangen. Da selbst die angesehensten jetztlebenden Juristen über diesen Gegenstand zu keinem Einverständniß gekommen sind: so ist es gewiß nicht zwecklos, denselben nochmals einer genauen und sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen, und zu versuchen, ob es nicht möglich sey, durch neue Ansichten und Gesichtspunkte die verschiedenen Partheyen zu verei-

einigen. Ich habe diesen Versuch gemacht, und lege jetzt dem Publico meine Ideen vor, nicht sowohl in der festen und lebendigen Ueberzeugung, daß ich den Rechten Punkt getroffen habe, (denn man muß überall, wo Justinian die Hand gehabt hat, doppelt mißtrauisch gegen seine Einsichten seyn,) sondern vielmehr mit dem Wunsch, über diese wichtige Materie eine neue Discussion eingeleitet zu haben.

Nach dem Ante-Justinianischen Recht verhielt es sich mit dem Antretungs-, Deliberations- und Transmissions-Recht folgendermaßen:

Wenn der Testator dem Erben eine Zeit zur Antretung festgesetzt hatte, so behielt es dabey sein Bewenden. Erklärte sich der Erbe innerhalb der ihm gesetzten Zeit für, oder wider die Antretung, so war die Sache durch ihn entschieden; erklärte er sich hingegen gar nicht, so verlor er nach Ablauf der bestimmten Zeit alle Ansprüche auf die Erbschaft 1).

Hatte der Testator dem Erben nichts vorgeschrieben, so drangen entweder die, welche bey der Antretung interessirt waren, (die Creditoren, Le-

1) Ulp. Fr. Tit. 22. §. 25. fgg. Westphal über Vorleg. und Eröfn. der Testamente S. 45 — 52.

Legatarien, Substituten u. s. w.) auf eine Erklärung des Erben, oder nicht.

Im letzten Fall war das Antretungsrecht an sich ewigdaurend, und ging durch die bloße Nichtausübung nicht verloren 2); besaß indeß ein Dritter die Erbschaft, so ward das ius adeundi durch den Ablauf von 30 Jahren ausgeschlossen, doch konnte der Erbe sein Recht auf einzelne Sachen gegen diejenigen, welche diese titulo singulari besaßen, in kürzerer Zeit verlieren, sofern die Besitzer sie nämlich durch usucapio und praescriptio longi temporis erworben hatten 3). Hierdurch ward aber natürlich nicht das Erbrecht, sondern nur das Recht auf die einzelnen Sachen aufgehoben. Das ius adeundi dauerte also in diesem Fall nie unter 30 Jahre.

Ward hingegen der Erbe von den Interessenten gedrängt, so mußte er sich ursprünglich sogleich erklären, ob er die Erbschaft haben wolle, oder

2) L. 1. C. de suis et liberis. L. 9. C. de iure deliberandi.

3) L. 3. C. de pet. hered. L. 3. C. in quib. causs. cess. l. t. pr. L. 3. C. de praescr. 30. l. 40. ann.

oder nicht. Der Billigkeit wegen ertheilten aber in der Folge die Prätoren dem Erben eine vom Richter zu erbittende und zu bestimmende Deliberationszeit 4), welche nach L. 3. de iure delib. aus wichtigen Gründen mehrmals erweitert werden konnte. Erklärte sich der Erbe binnen der von ihm impetrirten Frist für, oder wider die Antretung, so blieb es dabey; erklärte er sich hingegen nicht, so ward er zum Vortheil der Substituten und Intestat-Erben seines Erbrechts verlustig 5). War indeß niemand vorhanden, der an die Stelle des Deliberirenden treten wollte und konnte; so ward derselbe zum Vortheil der Creditoren wegen seines Stillschweigens als Erbe betrachtet 6).

Hatte jemand eine Erbschaft wirklich erworben, so transmittirte er diese natürlich als Theil seines Vermögens auf seine Erben. Aus demselben Grunde mußte denn auch der Erbe eines sui heredis, sofern dieser den von ihm beerbten paterfamilias nur einen Augenblick überlebt hatte,

4) L. 1. §. 1. 2. L. 2. 3. 4. de iure delib. L. 9. ibid.

5) L. 69. de acquir. vel omitt. hered.

6) L. 22. §. 14. C. de iure delib.

hatte, den Erbtheil des sui heredis erhalten, weil dieser ipso iure Erbe war, und alles, was zu dem erworbenen Vermögen desselben gehörte, nothwendig dessen Erben zufallen mußte. Gewöhnlich nennt man diese Uebertragung der ipso iure von dem suo erworbenen Erbschaft auf dessen Erben die transmissio ex iure suitatis.

Das Recht hingegen, eine noch nicht erworbene Erbschaft, oder das ius adeundi, auf seine Erben zu transmittiren (welches man transmissio im eigentlichen Verstande nennt, und in welchem Sinn dann die vorhin erwähnte transmissio ex iure suitatis diese Benennung nicht verdient), fand ursprünglich gar nicht statt, bis nach und nach einzelne Arten des Transmissions-Rechtes eingeführt wurden. Hierher gehört

1. die von Justinian in L. 19. C. de iure deliber. erwähnte Transmission der Erbschaft des sui heredis deliberantis. Gewöhnlich sagt man, dieß sey grade die vorhin genannte transmissio ex iure suitatis; allein ich halte diese Behauptung für unrichtig. Justinian, der einzige, welcher dieser Transmissions-Art erwähnt, drückt sich darüber ganz allgemein aus: Quum in antiquioribus legibus, et praeci-

pue in Quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias *paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere.* Ein filiusfamilias deliberans war aber nicht immer suus heres. Er konnte vielmehr erst von der våterlichen Erbschaft abstiniren, und sich dann ein tempus deliberandi erbitten 7). Auch auf diesen Fall passen Justinians Worte, und wer weiß, ob er nicht allein diesen Fall in Augen hatte. — Uebrigens ist dieß alles nicht mehr praktisch. Denn die vorhin gedachte transmissio ex iure suitatis existirt anerkannt noch, und diese zweyte Art der transmissio fållt mit der unten anzuführenden Justinianischen als Theil ganz zusammen.

2. Die transmissio Theodosiana. In Rücksicht dieser ist es gleichfalls irrig, wenn man, wie es fast allgemein geschieht, sagt, sie finde dann statt, wenn ein Descendent Erbe seines Ascendenten werde, und vor der Antretung sterbe.

7) L. 8. de iure delib. „Si quis suus heres, posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus an impetrare debeat. Magisque est, ut ex caussa debeat impetrare, quum nondum bona venierint.“

be. In L. un. C. de his qui ante apert. tab. heißt es darüber ausdrücklich: per hanc iubemus sanctionem — — filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avio, proavo vel proavia *scriptos heredes*, licet — — sint ante apertas tabulas defuncti, (sive se noverint *scriptos* heredes, sive ignoraverint) in liberos suos cuiuscunque sint sexus, vel gradus derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, nulla huiusmodi praescriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare. Offenbar ist hier nur von im Testament eingesetzten Descendenten die Rede, und es ist ganz richtig, wenn Perez 8) bemerkt: haec constitutio, quum loquatur de liberis heredibus scriptis, *non videtur porrigenda ad liberos succedentes ab intestato, qui quidem hereditatem non aditam non transmittunt.* Man sieht übrigens aus den Worten des Gesetzes, welches wohl zu bemerken ist, daß zu dieser Transmission die Wis-

8) In Cod. L. VI. T. 52. n. 9.

Wissenschaft des ersten Erben gar nicht erfordert wird, und daß die, welche an seine Stelle treten sollen, an gar keine bestimmte Zeit gebunden sind. Die, auf welche hier das ius adeundi transmittirt wird, sind indeß durch diese Constitution nicht mehr begünstigt, als der erste verstorbene Erbe, und müssen also nach derselben auch um ein tempus deliberandi bitten, wenn sie gedrängt werden.

3. Die transmissio ex capite restitutionis in integrum. Nach der richtigern Meynung fand diese aber nur dann statt, wenn der erste Erbe ob absentiam reipublicae caussa nicht hatte antreten können 9).

Die transmissio ex capite infantiae, und die übrigen Fälle, da nach dem Recht der Pandekten zu Gunsten gewisser Personen eine Transmission statt fand, übergehe ich mit Stillschweigen 10), weil darauf zum Zweck meines Hauptgegenstandes nichts ankommt.

So einfach das ältere Recht war, so verwickelt ist dasselbe durch Justinians Vorschriften

9) Höpfner Comment. Ed. 6. §. 546. not. 4.

10) S. darüber *Voet* Tit. de acquir. vel omitt. hered. §. 11.

ten in L. 19. und L. 22. C. de iure deliberandi geworden. Nachdem der Kaiser in den vorhin angezogenen Worten der L. 19. der älteren Transmission erwähnt hat, so fährt er fort: eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac caussa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem inducat; praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is, qui, *sciens hereditatem vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam*, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, *postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum esse vocatum*, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam,

dam, vel renunciandam hereditatem manifestaverit, *is cum successione sua ab huiusmodi beneficio* excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo, *nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur.*

Bey der Auslegung dieser Constitution muß man vor allen Dingen aufmerksam darauf seyn, daß Justinian nirgend den Grund seiner Verordnung angegeben hat. Man kann darüber nur Vermuthungen wagen, welche aber um so weniger einige Gewißheit zu gewähren im Stande sind, da die allgemeine Vermuthung, daß Justinian selbst sich oft der Gründe seiner Verordnungen nicht deutlich bewußt gewesen seyn mag, keineswegs zu den unwahrscheinlichen gehört. An eine ausdehnende Erklärung des Gesetzes nach dem Grunde desselben ist hier also gar nicht zu denken, und dieß auch deswegen, weil dasselbe (da die Transmission etwas exorbitantes ist) ein ius singulare enthält, welches nach seinem Grunde nicht ausdehnend erklärt werden darf 11). Man muß also lediglich bey dem stehen blei-

11) Meine Theor. der log. Ausl. §. 14.

bleiben, was der Wortverstand des Gesetzes, oder die aus dem Zusammenhange desselben erhellende Absicht des Kaisers mit sich bringt. Dieß vorausgesetzt, so ergeben sich nun folgende Resultate:

1. Von dem Fall, wenn der Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erfahren hat, sagt Justinian nichts, und es bleibt in diesem Fall ganz bey dem alten Recht.

2. Eben so wenig ist die Constitution mit auf den Fall zu beziehen, wenn dem Erben durch den Testator ein tempus adeundi gesetzt ist. Justinian unterscheidet zwar zwey Fälle: entweder hat der Erbe um ein tempus adeundi gebeten, oder nicht, — und nach logischen Regeln müßte der Fall, wenn dem Erben eine Antretungszeit vom Testator vorgeschrieben ist, unter dem letzten membro mit begriffen werden. Allein die folgenden Worte: ut ex hac caussa deliberare videatur zeigen ganz klar, daß Justinian an diesen Fall gar nicht dachte. Auch wird dieß aus dem folgenden Inhalt des Gesetzes noch deutlicher. Denn hätte Justinian diesen Fall mit vor Augen gehabt, so würde er gewiß etwas darüber erwähnt haben, was Rechtens seyn solle, wenn der Testator eine längere, oder kürzere, als

die

die einjährige Frist festgesetzt habe. Hierüber kommt aber keine Sylbe in dem Gesetz vor. Es bleibt also, zumal da leges correctoriae im Zweifel nicht anzunehmen sind, in Rücksicht dieses Falls gleichfalls bey dem, was ehemals galt, d. h. der Erbe kann antreten, solange, als die gesetzte Frist dauert, und stirbt er innerhalb derselben, so transmittirt er nichts auf seine Erben. Nur dann kann man ein anderes behaupten, wenn ein solcher Erbe um ein tempus deliberandi (welches immer denkbar ist) sollte gebeten haben. Auf diesen Fall passen die klaren und bestimmten ersten Worte des Gesetzes, und dann gilt, was gleich nachher weiter ausgeführt werden wird. Herr Geheim. Rath Koch (welcher zu gut weiß, wie sehr ich Ihn verehre, als daß mein öffentlicher dissensus Ihn kränken könnte) sagt zwar 12): postquam vero Justinianus constituit, heredem intra spatium deliberandi a Principe vel magistratu indultum, sine declaratione a se facta defunctum, reliquum tempus successori suo relinquere, *ambigendum non est, quin et idem proferendum sit ad illum casum, si*

12) In der Diss. de herede deliberante. Giess. 1783. §. 6.

si ipse testator spatium deliberandi praescripsit; allein ich kann mich zu dieser Ausdehnung aus den obigen Gründen nicht verstehen, und glaube, daß auch Herr Koch nach seinen eignen Grundsätzen dieselbe hätte verwerfen sollen, da Er selbst behauptet 13), daß Justinians Verordnung auf den Fall, wenn der Erbe die Delation der Erbschaft nicht erfahren habe, nicht auszudehnen sey. Wenn sie auf den ersten Fall auszudehnen ist, sollte man denn nicht den Grund, welcher zu dieser Ausdehnung berechtigt, eben so gut auf den andern Fall anwenden können; und wenn in diesem Fall die Ausdehnung verworfen wird, sollte sie dann nicht auch aus denselben Ursachen in dem andern Fall verworfen werden?

3. Wenn der Erbe um ein tempus deliberandi gebeten hat, so soll er sein Recht auf seine Erben transferiren, so lange die gesetzte Frist dauert. Sein Recht besteht darin, daß er durch seine Erklärung innerhalb dieser Frist Erbe werden, oder die Erbschaft von sich weisen kann, und daß, wenn er schweigt, die Erbschaft bald für repudiirt, bald für angetreten gehalten wird. In Ansehung seiner Erben gelten also in diesem Fall dieselben Unterscheidungen.

4. Höps

13) Diss. cit. §. 14.

4. Höpfner 14), und mit ihm mehrere andre, sagen: wenn der Erbe nicht gedrängt wird, so gilt auch noch nach L. 19. C. cit. das alte Recht. Wird er aber gedrängt, so muß er sich vom Tage der Wissenschaft an innerhalb einem Jahr erklären; thut er dieß nicht, so wird er eo ipso (versteht sich zum Vortheil der Creditoren) als Erbe betrachtet.

Allein diese Theorie ist, wie auch schon Herr Koch bemerkt hat 15), durchaus unrichtig. Justinian spricht in L. 19. C. cit. nicht davon, daß der Erbe gedrängt seyn müsse, sondern er sagt schlechthin: er solle sich vom Tage der Wissenschaft des Anfalls der Erbschaft erklären; auch ist nirgend vorgeschrieben, daß er, wenn er sich nicht erkläre, ipso iure Erbe werden solle. Die Höpfnersche Theorie beruht offenbar auf einer ganz falschen, wiewohl nicht unnatürlichen Ideen-Verbindung. Ehemals ward nämlich das tempus deliberandi wohl nie anders erbeten, als wenn man gedrängt ward, und erklärte man sich innerhalb der impetrirten Frist nicht, so ward man in gewissem Be-

14) Comment. §. 548.
15) Diss. cit. §. 14.

Betracht Erbe. Weil nun Justinian auch von einem tempore deliberandi spricht, so überträgt Höpfner die zufälligen Merkmale des temporis deliberandi nach dem Recht der Pandecten auf die Frist, von welcher Justinian redet. Dieß widerstreitet aber den klaren Worten der Constitution.

Dem Erben läuft also gleich a die scientiae eine einjährige gesetzliche Frist, er mag gedrängt seyn, oder nicht. Allein gesetzt, er läßt diese Frist verstreichen, was hat dieß dann zur Folge? — Herr Koch sagt: er wird nicht ipso iure Erbe, wie Höpfner glaubt, sondern er verliert nur das ius deliberandi, d. h. wenn er nach Ablauf des Jahrs gedrängt wird, so muß er sich sogleich erklären, und darf gar nicht weiter um eine Deliberations-Frist nachsuchen 16).

Diese Theorie ist unstreitig weit feiner und consequenter, als die Höpfnersche, aber ich kann derselben gleichfalls nicht beystimmen, und behaupte vielmehr, daß der Erbe, wenn er sich nicht innerhalb des ersten Jahres der Wissenschaft erklärt, eo ipso die Erbschaft verliert, daß also das ius adeundi in diesem Fall auf den Zeit-

16) Diss. cit. §. 8. 14.

Zeitraum eines Jahrs eingeschränkt ist. Alles kommt hier auf die Frage an, was will Justinian durch die Worte: *is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur*, sagen? Diese Worte sind zweydeutig, sie können an sich in dem Sinn, welchen Herr Koch damit verbindet, sie können aber auch in dem von mir angegebenen Sinn verstanden werden. Welcher der richtige sey, muß also von außenher entschieden werden, und von dieser Seite glaube ich mich hinlänglich decken zu können, hauptsächlich aus folgenden Gründen:

Der einjährige Zeitraum, von welchem in L. 19. C. cit. die Rede ist, ist kein tempus deliberandi im alten Sinn, keine auf das Andringen der Interessenten erbetene Frist, sondern eine durch das Gesetz ohne Bitte eingeräumte Zeit, innerhalb welcher der Erbe sich erklären soll. Will man nun analogisch schließen, so muß man schon aus diesem Grunde jene streitigen Worte in dem von mir denselben beygelegten Sinn verstehen. Denn vor Justinian verlor der Erbe in den Fällen, in denen ihm ohne sein Bitten eine bestimmte Zeit zur Antretung gesetzt war, immer seine Ansprüche auf die Erbschaft, sofern er sich nicht erklärte. Dieß war der

der Fall, wenn der Testator dem Erben eine Zeit gesetzt hatte, und eben dasselbe fand in Ansehung der zum Gesuch um bonorum possessio bestimmten Fristen statt.

Zu diesem analogischen kommt nun aber noch ein andrer direct entscheidender Beweis. Justinian sagt nämlich: sterbe jemand innerhalb des einjährigen Zeitraums, so solle er das praedictum arbitrium, oder *hoc ius* auf seine Erben transferiren. Lasse er das tempus annale ohne Erklärung verstreichen, so solle er mit seinen Erben ab huiusmodi beneficio ausgeschlossen seyn. Das steht also ganz fest: der Erbe transferirt sein Recht auf seine Erben. Kann man nun zeigen, daß die Erben des Erben, wenn sie das tempus annale ohne sich zu erklären, vorübergehen lassen, die Erbschaft verlieren, so ist eben dadurch sonnenklar erwiesen, daß der erste Erbe nur ein gleiches Recht hat. Und was kann hierüber nun deutlicher und bestimmter seyn, als die letzten Worte des Gesetzes sind: quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam (oder wie andre lesen: adeundam) servabitur? — Das; *nec* heredibus

dibus setzt dieß auch noch mehr außer allen Zweifel.

5. Justinian hat also dem Erben ein tempus annale ad adeundum gegeben, um darin über die Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft deliberiren zu können. Da ehemals der Erbe während des gesetzlichen temporis adeundi gedrängt werden durfte, und sich dann gleich erklären, oder ein tempus deliberandi nachsuchen mußte, Justinian aber in Rücksicht dieser einjährigen Antretungszeit keine Aenderung hierin gemacht hat: so ist es gewiß vollkommen richtig, wenn Herr Koch 17) behauptet, daß der Erbe auch binnen dieser einjährigen Zeit auf das Andringen der Interessenten sogleich antworten, oder eine Deliberations-Frist nachsuchen müsse.

6. In Ansehung der Transmission überhaupt ist durch dieß Gesetz vieles geändert. Die transmissio der Erbschaft eines sui deliberantis ist gar keine besondere species mehr, weil jeder heres deliberans innerhalb der impetrirten Frist die ihm angefallene Erbschaft auf seine Erben transmittirt. Die transmissio Theodosiana ist

17) Diss. cit. § 14. p. 28.

ist aber nicht durch die in L. 19. cit. eingeführte Justinianea aufgehoben, oder mit dieser zusammengeschmolzen, und unnütz gemacht. Die Justinianea findet nur statt, wenn der Erbe den Anfall der Erbschaft erfahren hat, die Theodosiana hingegen nach den klaren Worten des eben im Auszuge mitgetheilten Gesetzes, auch ohne dieß. Jene dauert nicht länger, als das tempus deliberandi petitum, oder das tempus annale; die letzte hingegen findet auch noch dann statt, wenn der erste Erbe nach dem ersten Jahr der Wissenschaft gestorben ist. Justinian sagt dieß selbst in Nov. 158. cap. 1. in den Worten: obtineto autem Theodosii sacratissimi principis lex in quibus annum praeterire contigit, et deliberandi tempus elapsum est.

Ich habe diese Stelle offenherzig angeführt, obgleich daraus wider meine Theorie ein nach dem herrschenden Geist sehr starker Einwand hergenommen werden kann. Wenn nämlich, wird, oder kann man einwenden, die Descendenten der Descendenten auch post annale tempus die der letzten angefallene Erbschaft antreten können, wie ist es denn möglich, daß der erste Erbe post annale tempus die Erbschaft verliert? In

Rücksicht der ersten Erben galt ehemals die allgemeine Regel, daß das tempus adeundi an sich immerwährend sey. Nimmt man also an, daß es durch L. 19. cit. im Fall der Wissenschaft auf ein Jahr beschränkt sey, so muß man auch annehmen, daß die Descendenten, in Rücksicht deren ehemals kein ius singulare statt fand, post annale tempus von der Erbschaft auszuschließen sind. Wie können nun aber die Descendenten der ausgeschlossenen Descendenten, nachdem die letzten ihr Recht verloren haben, noch ein Recht auf eine denselben angefallene Erbschaft haben?

Wäre ich ein Sklav der herrschenden Interpretations-Art, so würde ich gleich bekennen, durch diesen Einwand zu Boden geschlagen zu seyn. Allein ich kann mich nicht zu dem gewöhnlichen Schlendrian bekennen, und glaube, daß es grade hier der rechte Ort ist, die grenzenlose Willkühr unsrer neueren Juristen mit Nachdruck anzugreifen. Der Geist unsrer Hermeneutik ist nicht darauf gerichtet, die Gesetze auszulegen d. h. das, was aus den Worten der Gesetze, oder dem erwiesenen Grunde des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers hervorgeht, so vollständig oder mangelhaft darzustellen, wie es ist; son-

sondern das herrschende Bestreben geht allgemein darauf hinaus, die Mängel der Gesetze, welche sich nur durch die Legislation verbessern lassen, durch Interpretation aus dem Wege zu räumen, und zu bedecken. Alles soll aus den Gesetzen entschieden, jeder Widerspruch durch Interpretation gelöst, jedes Räthsel, jede Unerklärbarkeit juristisch aufs Reine gebracht werden. Wer sich beygehn läßt, die Unzulänglichkeit der Gesetze darzuthun und sich bestrebt, zu zeigen, daß man hier, und dort von leeren Suppositionen ausgehe, wird kaum über die Achsel angesehen, und als unfruchtbarer Schriftsteller verlacht. Mit einem Wort, die Interpretation soll alle Sünden der Legislation gut machen, und wer nicht von diesem Geist beseelt ist, gehört nicht zu der Classe der ächten und gründlichen Juristen.

Die allgemeine Unthätigkeit der gesetzgebenden Gewalten hat diesen leidigen Geist der Willkühr veranlaßt; aber beydes muß aufhören, wenn unsre Gesetzverfassung nicht ganz in Unsinn ausarten soll. Der Jurist muß sich innerhalb der Grenzen der Interpretation halten, und eben dadurch die Gesetzgebung zwingen, zu verbessern und zu ergänzen, was wirklich unvollkommen in den Gesetzen ist. Unsre Hermeneutik muß daher

eine totale Revolution leiden. Wir müssen dahin streben, die Gesetze nicht allein von ihrer guten, sondern eben so sehr bemüht seyn, sie von ihrer schwachen Seite darzustellen. Wenn wir auswärtige Gesetze kritisiren, so machen wir uns kein Gewissen aus dieser Strenge. Gibt es denn für unsre einheimischen eine andre Logik? Ich denke, daß dieß kaum einer Antwort bedarf. Die gesunde Vernunft bringt es schon mit sich, daß die Hermeneutik die beste ist, welche eine schlechte Gesetzgebung am bestimmtesten in ihrer ganzen Unvollkommenheit darzustellen weiß.

Bey Justinians Gesetzen muß man dieß besonders vor Augen haben. Justinian war ein dunkler, schlaffer Kopf, welcher nicht die Kraft besaß, eine Materie von allen Seiten zu beleuchten, und alle möglichen Gesichtspunkte und Fälle genau zu berechnen. Er wußte vieles zu reimen, was den klassischen Juristen ein Widerspruch war. Wer nur einigermaßen genau das Recht des Codex und der Novellen studirt hat, und nicht grade für die Praxis schreiben will, wird es eingestehen müssen, daß fast alle Materien, wo Justinian den Reformator gespielt hat, so gut wie verpfuscht sind; daß man nirgend so sehr von Zweifeln, Ungewißheit und Wandelbarkeit

der Ueberzeugungen umhergetrieben wird, als bey der Interpretation der Gesetze, welche von ihm herrühren. Ich halte es daher keinesweges für die einzige juristische Ehre, aus Justinians Gesetzen befriedigende und vollständige Resultate gebildet zu haben. Mir ist vielmehr jede Schrift verdächtig, welche alles aus den Constitutionen des Kaisers entscheidet, und ich denke, wer der Vernunft Gehör geben will, muß nothgedrungen auch den Schriftsteller achten, welcher es für seine Pflicht hält, zu zeigen, daß sich hier oder dort nichts mit Gewißheit entscheiden lasse.

Zu diesen unvollkommenen, flüchtig und unbedachtsam hingeschriebenen Gesetzen zähle ich nun auch die L. 19. C. cit. Schon der Umstand, daß Justinian des Falles, da dem Erben im Testament ein tempus aditionis gesetzt ist, nicht erwähnt hat, zeigt deutlich, wie wenig er die verschiedenen möglichen Fälle überlegte. Hätte er an diesen Fall gedacht, so würde er gewiß manches darüber bemerkt haben, z. B. ob auch dann die Transmission, und wie lange sie statt finden solle? Eben so würde er höchst wahrscheinlich die transmissio Theodosiana mit der seinigen verglichen haben, wenn ihm jene im Ge-

bächt-

dächtniß gewesen wäre. Man kann dieß um so mehr mit Wahrscheinlichkeit annehmen, da die L. 19. in den ersten Jahren der Regierung des Kaisers gemacht ist, in einer Zeit, wo weder er, noch seine Gehülfen, in der Legislation geübt waren. Da es ein geläufiger Grundsatz war, daß iura singularia durch ein neues allgemeines Gesetz nicht aufgehoben werden, und in der Theodosischen Constitution ausdrücklich gesagt war, daß die Kinder der Kinder durch keine Präscription ausgeschlossen werden sollen, so war es denn bey Justinians geringer Ueberlegungskraft ganz natürlich, daß er in der Folge bey einem Fall, da die transmissio Theodosiana zur Sprache kam, sich für die lange Dauer derselben erklärte, entweder ohne zu bedenken, daß seine eigne Constitution diese lange Dauer indirect untergraben habe, oder in der nicht ganz unnatürlichen, aber freylich den strengen Interpretations-Regeln widerstreitenden Voraussetzung, daß das Privilegium des zweyten Erben auch dem ersten von selbst zustehen müsse.

Will man also bey Auslegung der L. 19. und Nov. 158. gewissenhaft seyn, so muß man sagen: es sind hier Lücken, Unvollkommenheiten und Dunkelheiten, welche der Jurist als solcher nicht

nicht befriedigend aus dem Wege räumen kann. Sollte aber der gesetzgebenden Gewalt nicht beyzukommen seyn, so muß freylich die seelenlose wörtliche Interpretation entscheiden, und diese kann dann kein anderes Resultat aufstellen, als dieß: der Fall, da der Testator den Erben an eine bestimmte Frist gebunden hat, ist von Justinian nirgend berührt, und also nach dem alten Recht zu entscheiden. Das tempus adeundi dauert im Fall der Wissenschaft nur ein Jahr. Aus Nov. 158. cap. 1. sieht man aber, daß der eingesetzte Descendent auch noch nach dem ersten Jahr der Wissenschaft antreten kann. Denn würde er ausgeschlossen, träten also gleich die Substituten, Miterben und Intestaterben an seine Stelle, so würde auf seine Descendenten nichts transmittirt werden können.

Nachdem Justinian die bisher interpretirte L. 19. bekannt gemacht hatte, so erschien bald darauf L. 22. C. de iure delib., worin das beneficium inventarii gestattet wird. Da der Erbe ein tempus annale zur Antretung hatte, innerhalb dessen er von dem beneficio inventarii Gebrauch machen konnte, so bedurfte es nun eigentlich gar keines temporis *petiti* mehr. Weil man indeß nach dem Recht der

Pan=

Pandekten um eine Deliberationszeit hatte bitten können, auch das beneficium inventarii niemand aufgedrungen werden durfte: so wollte Justinian das alte Recht nicht ganz aufheben, und ließ daher auch noch ein Gesuch um ein tempus deliberandi zu, jedoch mit der merkwürdigen Aenderung, daß nicht mehr wiederholt nach einander, wie ehemals, eine Deliberationsfrist eingeräumt, und ein für allemal ein Termin von 1 Jahr oder 9 Monaten gesetzt werden solle. Dieß ist der klare Inhalt der L. 22. §. 13. cit. wo es heißt: Et haec quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam *petendam* curaverint, quam (d. h. also: quam deliberationem *petendam*) putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, et debere ei derogari. Sed quia quidam vel vana formidine, vel callida machinatione pro deliberando nobis *supplicandum* necessarium existimant, *quatenus eis liceat annale tempus tergiversari*, — et eandem deliberationem flebilibus assentionibus *repetita prece saepius accipere*, ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemtores, *indulgemus quidem eis petere deliberationem*, vel a nobis, vel a nostris iudici-

bus,

bus, non tamen amplius ab Imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero iudicibus novem mensibus, ut neque ex Imperiali largitate *aliud tempus eis indulgeatur*, sed et si fuerit datum, pro nihilo habeatur. *Semel* enim, et non saepius eam *peti* concedimus.

Aus diesem Gesetz, und besonders aus den unterstrichenen Worten, erhellet nun, wie mir scheint, ganz offenbar, daß Justinian in Ansehung des sogenannten temporis deliberandi *legalis*, wovon in L. 19. cit. die Rede ist, schlechterdings nichts geändert hat. Seine Aenderungen beziehen sich bloß auf das tempus deliberandi petitum. Jedem Erben steht also unmittelbar ein tempus deliberandi legale von dem Tage der Wissenschaft zu. Wird er innerhalb dieser Zeit gedrängt, so muß er sich erklären, oder um ein tempus deliberandi nachsuchen. Thut er das letzte, so darf ihm vom Augenblick, da das Decret abgegeben wird, nur ein spatium resp. von 1 Jahr oder 9 Monaten bewilligt werden. Ist diese Zeit abgelaufen, so findet keine weitere Fristerstreckung statt, und wenn er sich nicht erklärt hat,

so

so wird er zum Besten der Gläubiger als Erbe behandelt. Ich kann daher

1. auf keine Weise der Höpfnerschen Theorie beystimmen, nach welcher der deliberirende Erbe immer ein Jahr, und dann noch wieder 1 Jahr oder 9 Monate haben soll. Es kann dieß der Fall seyn, wenn er nämlich am Ende des gesetzlichen Jahrs um Befristung einkommt, es ist aber nicht nothwendig. Denn nirgend steht, daß der Erbe innerhalb des termini legalis nicht gedrängt werden könne, und daß der Richter den Anfang seiner Frist erst vom Ablauf dieses Jahrs solle anfangen lassen.

Eben so wenig kann ich aber auch

2. die Theorie des Herrn G. R. Koch billigen, nach welcher der Regent und Richter die Zeit, da der Erbe den Anfall der Erbschaft wußte, mit in die erbetene Deliberationsfrist einrechnen, also gar kein spatium deliberandi gestatten soll, wenn der terminus legalis schon abgelaufen ist. Zur Rechtfertigung dieser Theorie sagt Herr Koch: Justinianus enim non constituit, ut in *quocunque* casu vel *anni*, vel *novem mensium* spatium indulgeatur, sed voluit tantum, ut nunquam *amplius* anno a principe, et novem mensibus a iudicibus ad

ad deliberandum heredi concedatur. Monendique iterum sumus, Justinianum de illa specie cogitasse, *si statim* a tempore scientiae adsunt, qui heredem urgent. Dici igitur potest, spatium deliberandi semper esse debere vel *annum*, vel *novem menses*, computato scilicet tempore illo, per quod heres iam habuit *scientiam* hereditatis sibi delatae. Et nunc verba quoque legis: *semel enim et non saepius eam peti concedimus*, clara sunt 18).

Wie dem Herrn Verf. die letzten Worte durch jene Erklärung klar werden konnten, sehe ich nicht ein. Das: semel eam *peti* deutet ja offenbar nur darauf hin, daß Justinian kein wiederholtes spatium deliberandi *petitum* mehr zulassen wollte. Daß er den Fall, da das tempus deliberandi gleich a momento scientiae gebeten werden muß, im Auge hatte, davon findet sich auch keine Spur in dem Gesetz, vielmehr erhellet daraus das Gegentheil. Man hat mehrmals, sagt der Kaiser, das tempus annale zu überschreiten gesucht. Eigentlich sollte dieß nicht gestattet werden; weil man indeß doch ein-

18) Diss. cit. §. 8.

einmal sonst um eine Deliberationsfrist nachsuchen konnte, so mag es auch jetzt noch geschehen, aber nicht, wie sonst, mehrmals nach einander. Der Kaiser läßt also das tempus annale stehen, und legt noch etwas dazu, wodurch denn das Einrechnen der Zeit der Wissenschaft von selbst als unzulässig erscheint. Mich dünkt, jede Zeile des Gesetzes beweist es klar, daß Justinian nur lediglich von der Beschränkung des ehemaligen temporis deliberandi des prätorischen Rechts handeln wollte.

Nach diesen Prämissen unterscheide ich nun in Ansehung des Antretungs- und Deliberations-Rechtes vollständig und bestimmt, unter der Voraussetzung, daß hier alles, was sich irgend aus den Worten der Gesetze entscheiden läßt, daraus entschieden werden soll, auf folgende Art:

I. Es ist kein Termin von dem Testator gesetzt. Alsdann weiß der Erbe entweder

1. den Anfall der Erbschaft: so ist wieder zu unterscheiden

A. es ist ein Jahr vom Augenblick der Wissenschaft verflossen, ohne daß er um ein tempus deliberandi gebeten hat: dann kann er, sofern er kein im Testament eingesetzter Descendent ist, keine weitern Ansprüche auf die Erbschaft machen.

B. Das Jahr ist noch nicht zu Ende: — hier steht es ihm frey, anzutreten, oder zu repudiiren. Wird er gedrängt, so muß er sich gleich erklären, oder um ein tempus deliberandi bitten, und dann ist ihm vom Regenten eine Frist von 1 Jahr, vom Richter eine Frist von 9 Monaten, a die decreti, zu gestatten. Auch kann er, ohne gedrängt zu seyn, innerhalb des spatii deliberandi legalis um eine Deliberationsfrist bitten. Denn L. 22. §. 13. C. cit. erlaubt ihm dieß ganz allgemein. Erklärt er sich aber innerhalb der erbetenen Frist nicht, so wird er zum Vortheil derer, welche es verlangen, als Erbe, oder Nichterbe behandelt.

2. Der Anfall der Erbschaft ist ihm unbekannt; hier wird er entweder

A. gedrängt: dann muß er sich gleich erklären, oder um ein tempus deliberandi bitten, von welchem dann ganz das vorhin gesagte gilt. Wird er aber

B. nicht gedrängt, so befindet sich entweder

a. ein Dritter im Besitz der Erbschaft: dann verliert er das ius adeundi in 30 Jahren;

b. oder nicht. Ist dieß, so kann er antreten, wann er will.

II.

II. Der Testator hat einen Termin gesetzt. Dann kann er sich innerhalb desselben erklären; thut er es nicht, so verliert er das Erbrecht. Sollte er aber um ein tempus deliberandi gebeten haben, (und um ein solches muß er unstreitig nach der ganzen Analogie des Rechts bitten, wenn zum offenbaren Nachtheil der Creditoren ein zu weites tempus adeundi im Testament gestattet ist,) so gilt wieder was vorhin unter I. 1. B. gesagt ist.

In Ansehung der Transmission muß man die verschiedenen Fälle so tabellarisch darstellen:

I. Ein Descendent ist von seinem Ascendenten im Testament eingesetzt, und stirbt, bevor er das Erbrecht verloren, oder die Erbschaft angetreten hat. Dann tritt die transmissio Theodosiana ein. Die Descendenten des verstorbenen Erben können dann immer die Erbschaft antreten, sofern ein Dritter dieselbe nicht durch Verjährung erworben hat, oder sofern sie von den Interessenten nicht gedrängt werden. Denn wenn das letzte eintritt, so müssen sie sich gleich erklären, oder unter den obigen Bestimmungen um ein tempus deliberandi bitten.

II. Der Fall ist von andrer Art, d. h. ein Descendent wird ab intestato zur Erbschaft ge-

ru-

rufen, oder ein Dritter ex testamento, oder ab intestato: alsdann unterscheide man

1. der erste Erbe stirbt, ohne den Anfall der Erbschaft erfahren zu haben: hier fällt alle Transmission weg. Nur dann, wenn der Verstorbene durch absentia reipublicae caussa verhindert ward, den Anfall der Erbschaft zu erfahren, und diese anzutreten, können dessen Erben um Restitution bitten.

2. Er wußte den Anfall der Erbschaft. Ist dieß, so ist weiter zu distinguiren:

A. Er hatte auf Bitten ein tempus deliberandi erhalten, und stirbt während desselben: dann kommt die übrige Zeit den Erben zu statten. Erklären sie sich darin nicht, so wird ihr Stillschweigen, nach dem obigen bald als Antretung, bald als Repudiation betrachtet.

B. Er hatte kein tempus deliberandi petitum erhalten. Ist in diesem Fall

a. ein Jahr vom Augenblick der Wissenschaft des Anfalls der Erbschaft verflossen: so erhalten seine Erben nichts.

b. Es ist noch kein Jahr verflossen: hier kommt den Erben die noch übrige Zeit zu Gute. Erklären sie sich darin nicht, so verlieren sie alle Ansprüche auf die Erbschaft. War aber dem ersten

sten Erben im Testament ein Ziel gesetzt, so wird auf sie, nach strengen Interpretations-Regeln, nichts transmittirt.

Achte Abhandlung.

Ueber den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden.

Den Inhalt des Titels: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur reducirt man gewöhnlich auf folgende Hauptunterscheidungen:

Wenn ein Thier Schaden gethan hat, so ist dieß entweder

I. durch Schuld des Eigenthümers des Thieres, oder eines Dritten, oder des Beschädigten geschehen: dann ersetzt jener, oder trägt dieser den Schaden.

II. Ohne Schuld einer Person. In diesem Fall hat entweder das Thier

1. den Schaden contra naturam gethan: so wird die actio de pauperie directa, oder utilis gegen den Eigenthümer des Thiers angestellt, je nachdem dieß quadrupes, oder bipes ist.

2. Es verursachte den Schaden secundum naturam. Hat in diesem Fall das Thier

a. in fundo *alieno* durch Weiden, oder auf andre Art Schaden gethan, so kann die actio de pastu, directa, oder utilis angestellt werden. Wenn es aber

b. auf andre Weise geschah, so muß der Beschädigte den Eigenthümer des Thiers durch die actio in factum in Anspruch nehmen.

Ich halte diesen zuletzt unter b. aufgestellten Satz für durchaus unrichtig, und kann es kaum begreifen, wie es möglich gewesen ist, daß derselbe bis auf den heutigen Tag, so viel ich weiß, noch von niemand bestritten ist, da demselben die ganze Analogie des Rechts, und ausdrückliche gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. Zum Beweise dieser Behauptung wird folgendes hinreichend seyn:

1. Wenn eine Person einer andern durch eine schuldlose unwillkührliche Handlung schadet, so kann jene nach Römischem Recht gar nicht

auf Entschädigung belangt werden. Ist dieß einmal Rechtsgrundsatz, so ist gar nicht einzusehen, warum der schuldlose Eigenthümer wegen der zufälligen Handlungen seiner Thiere haften soll; vielmehr muß diese Verbindlichkeit noch um so mehr wegfallen. Denn es läßt sich doch nicht ohne Ungereimtheit behaupten, daß mein Thier meinem rechtlichen Subjekt näher sey, als der Theil meines Körpers, durch welchen ich jemand unwillkührlich beschädigte.

Es ist mir freylich nicht unbekannt, daß viele, deren sich noch kürzlich Herr Wehre 1) angenommen hat, den ersten Satz bestreiten, und es zu vertheidigen suchen, daß der unwillkührlich, z. B. durch einen Rasenden verursachte Schaden aus dem Vermögen desselben ersetzt werden müsse: allein diese Behauptung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Ueber die Vorschriften des Natur-Rechts, worüber auch hier so viel seichtes gesagt ist, mag ich mich gar nicht erklären, obgleich ich überzeugt bin, daß, sofern man nicht willkührlich auf Gefühle bauet, von dieser Seite nichts wider mich bewiesen werden kann.

1) Doctrin. iur. explicatr. princ. et caussar. damni etc. p. 8. sqq.

kann. Die Vorschriften des positiven Rechts sind hier zu klar, als daß die Natur der Sache befragt zu werden brauchte. Man lese nur L. ult. de administr. et peric. tutorum, wo es am Ende mit dürren Worten heißt: impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit, *quomodo si casu aliquo, sine facto personae, id accidisset.* Hiermit stimmen auch andre Gesetze deutlich überein 2).

Die Gesetze, durch welche Herr Wehre seine Meynung zu rechtfertigen sucht, sagen auch nichts von dem, was sie sagen sollen. Der in L. 46. de O. et A. aufgestellte Satz, daß der Pupill, qui damnum dederit, ex re verpflichtet werde, ist offenbar, wenn man L. 5. §. ad L. Aquil. vergleicht, nur von einem pupillo pubertati proximo zu verstehen. Eben so unbeweisend ist L. 11. §. 2. de poenis. Denn es werden hier bloß die verschiedenen Arten, wie man ein Gesetz übertreten könne, angegeben, und es wird keineswegs dabey gesagt, daß man in allen diesen Fällen eine Klage auf Entschädigung

 habe.

2) L. 31. de furt. L. 5. §. 2. L. 7. §. 2. ad Leg. Aquiliam.

habe. Das gänzlich Unbeweisende der von Herr Wehre gleichfalls angeführten L. 33. §. 1. L. 45. §. 4. ad L. Aquil. und L. 11. praescr. verb. ist schon von dem Herrn Prof. Weber hinlänglich dargethan 3). Das einzige scheinbare Gesetz für die entgegenstehende Theorie ist L. 25. §. 2. ad SCt. Trebell. Es kommt hier folgender Fall vor: A. setzt B. zum Erben ein, und macht ein Codicill, wonach B. die Erbschaft an C. restituiren soll. B. erfährt, ohne in culpa zu seyn, nichts von der Existenz des Codicills, und manumittirt einen zur Erbschaft gehörigen Sklaven. Jetzt entsteht die Frage: kann C. von B. den Werth des Sklaven fordern? Der Jurist bejahet die Frage, unter Anführung des Grundes: ne factum cuiusquam alteri damnum afferat. — Allein auch diese Stelle ist ohne Beweiskraft. Es ist ein großer Unterschied zwischen einer willkührlichen nicht culposen, und zwischen einer unwillkührlichen Handlung. Wer durch jene da, wo er nicht handeln durfte, und in re licita versirte, einen Schaden verursachte, mag immerhin verantwortlich gemacht werden, und kann es auch nach rechtlichen Begriffen, weil die

3) Ueber die nat. Verb. §. 71. not. 21.

die Handlung von seiner rechtlichen Person, d. h. seinem Willen herrührt. Von einem solchen Fall spricht das Gesetz allein. Hieraus kann aber nichts auf unwillkührliche Handlungen geschlossen werden. Diese sind nach dem oben erwähnten Gesetz anzusehen, als ob sie casu, sine facto personae geschehen wären.

Wenn übrigens Herr Wehre noch hinzusetzt, es gebe auch mehrere Fälle im Römischen Recht, da jemand wegen seiner unwillkührlichen Handlungen verantwortlich gemacht sey, so leugne ich dieß: wegen gleichfalls. Wenn der Mandatar (dieß soll der erste Fall seyn) durch die auftragsmäßig gekaufte Sache beschädigt wird, so soll freylich nach L. 61. §. 5. de furtis der Mandans, selbst wenn er nicht in culpa ist, auf Entschädigung belangt werden können. Der Jurist gibt aber nicht als Grund an: weil der Mandans durch eine unwillkührliche Handlung geschadet hat, sondern er sucht denselben in der Natur des Vertrages, und der Billigkeit: aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi caussa susceperat, damnosum esse. Eben so wenig kann man es als ein hierher gehöriges Beyspiel ansehn, daß der, welcher ohne

ne seine Schuld statt einer versprochenen guten, eine schlechtere Sache geliefert hat, auf Entschädigung belangt werden kann. Worin liegt hier der Grund der Verbindlichkeit? doch offenbar allein in dem Vertrage. Wer nicht aus einem vorhergehenden rechtlichen Fundament verpflichtet ist, etwas gutes zu liefern, wird in Ewigkeit nicht belangt werden können, auch wenn er unwillkührlich etwas schlechteres lieferte, als er wollte.

2. Ein eben so starker analogischer Beweis kann aus dem Titel: de noxalibus actionibus hergenommen werden. Wenn nämlich der Herr, wie es die Gesetze ausdrücklich sagen 4), wegen des durch seinen Sklaven verursachten Schadens nur dann belangt werden kann, wenn dieser eine Handlung begangen hat, wegen deren er als freyer Mensch selbst hätte belangt werden können, also nicht wegen unwillkührlicher Verletzungen des Sklaven: warum soll er denn wegen des damni secundum naturam dati seines Thieres haften? Ein vernünftiger Grund dieses Unterschiedes läßt sich

4) L. 29. §. 2. 3. ad L. Aquil. L. 1. pr. L. 31. de noxal. action.

sich doch nicht auf die entfernteste Weise vermuthen!

3. Wenn die leblose Sache eines Eigenthümers jemand schadet, z. B. ein Ziegel fällt vom Dach, und verletzt einen Vorübergehenden, so kann der Eigenthümer durch keine Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden 5). Eine leblose Sache ist aber doch nicht mehr willenlos, als ein unvernünftiges Thier: warum soll denn jede von dem letzten herrührende Beschädigung den Eigenthümer verantwortlich machen?

4. Ein reissendes wildes Thier schadet stets secundum naturam. Da nun die Gesetze ausdrücklich sagen, daß der Eigenthümer eines wilden Thiers den durch dasselbe verursachten Schaden nicht zu ersetzen brauche 6): so folgt ganz von

5) L. 5. §. 2. ad L. Aquil.

6) Pr. I. si quadrup. paup. feciss. dic: „Ceterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, et sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia dominus desinit esse, ubi fera evasit.“ L. 1. §. 10. D. eod.: „In bestiis autem propter naturalem feritatem cessat haec actio; et ideo, si ursus fugit, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri; quia desinit dominus esse, ubi fera evasit.“

von selbst, daß der durch ein zahmes Thier secundum naturam angerichtete Schade den Eigenthümer gleichfalls nicht verantwortlich macht.

Manche sind zwar der Meynung, gegen den Eigenthümer des wilden Thiers könne zwar nicht die actio de pauperie directa, wohl aber die actio de pauperie utilis angestellt werden; allein diese Meynung beruht auf keinem haltbaren Grunde, da weder §. 1. J. nach L. 4. D. l. c., worauf man sich hauptsächlich beruft, hiervon irgend etwas sagen. In der ersten Stelle heißt es zwar: haec actio utilis competit, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit; wer sieht aber nicht sogleich, daß unter dem: sed aliud animal zweyfüßige Thiere (von denen das Gesetz nicht handelte) verstanden werden? Es wäre ja sonst, weil wilde Thiere auch vierfüßig sind, gar kein richtiger Gegensatz in dem Fragment. Von gleicher Unerheblichkeit ist §. 1. J. cit. — Justinian sagt hier zwar, mit der actio Aedilitia concurrire auch die actio de pauperie, und weil anfangs davon die Rede gewesen ist, daß die actio Aedilitia statt finde, wenn ein Hund, Bär, Löw u. s. w. geschadet habe, so, meynt man, die actio de pauperie müsse auch in allen Fällen angestellt werden können,

nen, in denen die Aedilitische Klage statt findet: allein die Willkührlichkeit und Trüglichkeit dieses Schlusses ist leicht zu erweisen. Man lese nur den ganzen Titel. Im Anfange sagt Justinian, wegen der Beschädigung eines wilden Thiers könne die actio de pauperie nicht angestellt werden. Nun kommt er auf die Aedilitische Klage, und setzt hinzu, daß mit derselben auch die actio de pauperie (wohl zu bemerken: die actio de pauperie schlechthin, nicht: die actio de pauperie *utilis*) concurrire. In diesem Zusammenhange kann denn die streitige Stelle gar nicht anders verstanden werden, als so: die actio de pauperie concurrirt mit der actio Aedilitia, versteht sich in den Fällen, da sie überhaupt statt findet, also z. B. wenn ein Hund, dessen das Edict gleichfalls erwähnt, contra naturam schadet 7).

Hierzu kommt nun noch

5. die ganz ausdrückliche Vorschrift der L. 52. §. 2. in fin. ad L. Aquil., welche, auch ohne Rücksicht auf alle analogischen Gründe, die ganze Sache mit einem Mal entscheidet. Der Ju-

7) Vergl. überh. *Cocceii* ius controvers. Tit. si quadrup. paup. fec. dicat. qu. 1.

Jurist hat hier den Fall: ein Wagen mit Maulefeln fährt bergab, kommt ins Laufen, und beschädigt einen Knaben. Hier unterscheidet er mancherley Fälle. War der Wagen zu stark bepackt, sagt er, so daß die Thiere ihn nicht halten konnten, so ist der Führer in culpa, und dann muß dieser belangt werden. Wurden die Esel scheu, (d. h. thaten sie etwas contra naturam,) so ist der Eigenthümer in Anspruch zu nehmen. Quod si, fährt er fort, neque mulae, neque homines in caussa essent, sed mulae onus retinere nequissent, aut, quum conniterentur, lapsae concidissent, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent, *neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem.* Hier haben wir also einen Fall, wo mit klaren Worten der Eigenthümer ganz freygesprochen wird, wenn seine Thiere nicht contra, sondern secundum naturam jemand beschädigt haben.

Es kommt jetzt nur noch darauf an, die Gründe, welche man für die bisherige Theorie anzuführen pflegte, aus dem Wege zu räumen; und dieß wird keinen Schwierigkeiten unterworfen seyn.

Ein

Ein analogischer Schluß von der actio de pauperie ist der erste Grund, durch welchen man auf die actio in factum geleitet ward. Wenn nämlich der Eigenthümer verantwortlich ist, sofern sein Thier contra naturam einen Schaden angerichtet hat, warum, denkt, und sagt man, soll er nicht haften, wenn sein Thier secundum naturam etwas versah?

Ich antworte: wenn man hier mit einer Ausdehnung durchdringen will, so muß vor allen Dingen gezeigt werden, welches der eigentliche Grund der actio de pauperie war. Denn eine Ausdehnung ohne Kenntniß des Grundes des Gesetzes ist ein Unding. Alsdann muß aber auch der Grund vollkommen auf den Fall passen, auf den das Gesetz ausgedehnt werden soll. Beydes ist hier aber nicht der Fall.

Welches der eigentliche Grund war, warum die Verfasser der 12 Tafeln bloß des damni contra naturam dati erwähnten, wissen wir nicht. Die Gesetze schweigen darüber, und selbst historische Zeugnisse gehen uns ganz ab. Alles, was man davon zu wissen glaubt, beruht auf bloßen Conjecturen. Und selbst diese Conjecturen verdienen nicht den geringsten Beyfall.

Was die Alten darüber gesagt haben, ist nicht der Mühe werth, angeführt und widerlegt zu werden. Eben dieß möchte ich auch von der Hommelschen Conjectur behaupten, wenn sie nicht so manchen Anhänger gefunden hätte; daher ich wohl ein Paar Worte darüber sagen muß. Hommel hat nämlich seine Zuflucht zu der (man möchte sagen: leidigen) stoischen Philosophie genommen. Der Eigenthümer, meynt er, müsse deshalb wegen des damni contra naturam dati haften, weil das Thier, nach den Grundsätzen der Stoiker, in diesem Fall sein Naturrecht übertreten habe 8). — Allein man denke sich die Verfasser der 12 Tafeln aus stoischen Grundsätzen raisonniren; — welche Idee! — Eben so wenig wird der Knoten dadurch gelöst, wenn Herr Hübner behauptet, jene Bestimmung sey unstreitig aus dem Grundsatz geflossen: wer die commoda habe, müsse auch die incommoda tragen 9). Die Frage ist hier ja: warum soll nur grade das damnum *contra* naturam datum

8) *C. F. Hommel* opusc. iur. univ. P. I. p. 93 — 95.

9) Observatt. Edicto viario Aedil. curul. adspersae. Lips. 1798. p. 11.

tum ersetzt werden. Dieß läßt sich aus jenem Grundsatz durchaus nicht erklären. Auch paßt derselbe hier überhaupt nicht. Denn wenn daraus etwas für diesen Fall gefolgert werden soll, so muß zuvörderst gezeigt werden, daß ein solcher Schaden ein incommodum d. h. etwas nothwendig mit dem Besitz des Thiers verknüpftes sey. Das ist es aber grade, worüber gestritten wird.

Mir scheint, wenn man nur sein Gefühl zu Rathe zieht, so kommt man der Sache am leichtesten auf den Grund. Wir wollen den Fall nehmen: mein Vieh weidet auf meinem Lande. Der Wind wirft das Obst des Nachbars herüber, und das Vieh zertritt es. Hier wird nicht leicht jemand sagen, daß ich dem Nachbar das Obst bezahlen muß. Allein man nehme den Fall: ich gehe auf der Gasse, ein Hund fällt mich an, und zerreißt mir die Kleider; ein Pferd beißt, oder schlägt mich. In diesen Fällen wird das Gefühl eines jeden wider den Eigenthümer seyn. Wer ein Thier besitzt, welches contra naturam zu schaden pflegt, sollte es abschaffen, oder verwahren, weil niemand bey einer Rencontre auf dergleichen vorbereitet ist. Thut er es nicht, so ist er im Zweifel in culpa. So kann der rohe

Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr gut raisonnirt haben, und hat es auch wahrscheinlich gethan, weil das dringende Bedürfniß, und das uncultivirte Billigkeitsgefühl schon von selbst darauf führen. Dieser wahrscheinliche Grund paßt aber gar nicht auf das damnum secundum naturam datum.

Eben so wenig Aufmerksamkeit verdient der zweyte analogische Schluß, welchen man von der actio de pastu macht. Hier ist nun grade, sagt man, ein damnum secundum naturam datum, und dennoch soll der Eigenthümer belangt werden können! — Wirklich ist dieser Schluß scheinbarer, aber dessen ungeachtet läßt es sich leicht zeigen, wie mißlich und gewagt derselbe ist.

Ich mag nicht aufmerksam darauf machen, daß wir den Grund der Verordnung über die actio de pastu gar nicht wissen; daß eine, bey rohen Völkern gewöhnliche Begünstigung des Ackerbaues sich auch bey den Römern sehr gut vermuthen läßt, und daß hier also nicht einmal eine präsumtive Raison zur Rechtfertigung der Ausdehnung des Gesetzes angeführt werden kann. Die 12 Tafeln entscheiden selbst am besten in der Sache. Man denke sich nur: die Verfasser

derselben stellten erst den Grundsatz auf: ein damnum contra naturam datum soll ersetzt werden, und nun fügten sie noch hinzu: in diesem einzelnen Fall, (nämlich wenn der Schaden durch Weiden in fundo alieno geschehen ist,) soll auch ein damnum secundum naturam datum vergütet werden. Was kann nun wahrscheinlicher seyn, als, daß man gute Gründe hatte, nicht jedes damnum secundum naturam datum unter das Gesetz zu ziehen; zumal da in den 12 Tafeln nicht vorliegende Fälle entschieden, sondern durchdachte allgemeine Regeln aufgestellt wurden?

Noch mehr Gewißheit erhält dieß, wenn man sieht, daß die Römer auch in andern Fällen dem Besitzer einer unbeweglichen Sache manche Rechte einräumten, welche sie unter gleichen Umständen einem andern nicht zugestanden. Stürzt z. B. ein Haus auf die Straße, und beschädigt vorüberziehende Sachen, so wird niemand im Römischen Recht ein dem Beschädigten zustehendes Rechtsmittel finden; fällt hingegen mein Haus auf den Grund meines Nachbars, so kann er die Materialien retiniren, bis ihm

ihm der Schaden ersetzt ist 10). Eben so: wenn durch Gewalt des Windes und Wassers die Ankertaue meines Schiffes reissen, und das Schiff auf ein anderes prellt, und dieß beschädigt; so hat der Eigenthümer des letzten gar keine Klage gegen mich 11). Gesetzt aber, mein Schiff wird auf den Acker eines Dritten getrieben? Hier sagen die Gesetze ausdrücklich, daß der Eigenthümer des Bodens das Schiff retiniren könne, bis ihm der durch dasselbe zugefügte Schade vergütet sey 12). Hätten die Römer die inclusio animalium nicht für unzulässig gehalten, so würden die Verfasser der 12 Tafeln vielleicht gar nicht einmal die actio de pastu gestattet haben.

Außer den bisher widerlegten analogischen Beweisen, glaubt man nun auch im Römischen Recht einen directen Beweis gefunden zu haben, und zwar in L. 14. §. 3. de praescr. verbis, wo **Ulpian** sagt: Si glans ex arbore tua in fundum meum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi oc-

10) L. 7. §. 2. de damn. inf.

11) L. 29. §. 3. ad L. Aquil.

12) L. 9. §. 3. de damn. inf. L. 8. de incend. ruin. naufr.

occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege XII. Tab. de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni iniuria agi posse; in factum itaque erit agendum.

Aber auch dieser Beweis ist um nichts stärker, als die vorigen. Schon die Worte: eamque *ego* immisso pecore depascam legen es klar vor Augen, daß in dem Gesetz von einem Fall gehandelt wird, da der Eigenthümer in culpa oder in dolo ist, und selbst den Schaden veranlaßt. Das Fragment muß daher ganz anders erklärt werden, als man bisher gethan hat, und dieß ist auch äußerst leicht. Man erinnere sich nur, daß die actio directa L. Aquiliae (actio legitima) bloß dann angestellt werden kann: si corpore corpori damnum datum est 13). Hat jemand mit seinem Körper den Schaden nicht verursacht, so muß die actio utilis L. Aquiliae angestellt werden 14), welche von den Römern auch actio in factum genannt

13) §. 16. I. de Leg. Aquil. L. 11. §. 5. D. eod.
14) §. 16. I. l. c.

nannt wird 15). Diese actio in factum ist es nun, von welcher die Stelle nothwendig verstanden werden muß. Denn hätte der Jurist den Fall im Auge gehabt, da mein Vieh ohne mein Zuthun die Eicheln des andern auffrißt: so würde das: eamque ego depascam ein ganz unpassender und sprachwidriger Ausdruck gewesen seyn.

Legte ich viel Gewicht auf Beweise dieser Art, so würde ich mich auch noch darauf berufen, daß Ulpian in dem Lib. 41. ad Sabinum, woraus L. 14. §. 3. cit. genommen ist, nach den übrigen in den Pandekten befindlichen Fragmenten 16) fast durchaus nur von wirklichen Vergehungen, und unter andern auch von der L. Aquilia 17) gehandelt habe; allein ich traue dieser Beweisart überhaupt wenig oder gar nicht, und bedarf hier auch keineswegs einer sol-

chen

15) L. 7. §. 3. L. 9. pr. l. c. *Vinnius* ad §. ult. I. l. c.

16) Vergl. L. 57. de iudic. L. 35. de noxal. act. L. 4. de condict. furt. L. 1. de privat. delict. L. 3. 5. 7. 23. 25. 27. 29. 31. 33. 36. 39. 41. 43. 45. de furt.

17) L. 41. ad L. Aquil.

chen Nothstütze, da die L. 14. §. 3. cit. schon aus sich selbst grade so erklärt werden muß, wie ich sie verstanden wissen will.

Neunte Abhandlung.

Noch etwas über den Begriff der logischen und grammatischen Interpretation, und die Arten der ersten.

In einem Zusatz zu meiner Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts habe ich etwas gegen eine kleine Gelegenheits-Schrift des Herrn D. H. G. Wittich in Göttingen erinnert, und wider denselben zu beweisen gesucht, daß die Interpretation nicht grade dunkle Gesetze erfordre, daß die declarative Interpretation hauptsächlich bey zweydeutigen Gesetzen statt finde, und daß man die Kritik nicht von der grammatischen und logischen Interpretation unterscheiden müsse. Dagegen [illegible] nun Herr W. wieder ein Paar Blätter, unter dem Titel: ei-

 nige

nige Erörterungen der logischen Interpretation, Gött. 1800. 20 S. 8. drucken lassen.

Gewiß würde ich Herr W. das letzte Wort gegönnt haben, wenn nicht ein Recensent in der Allg. jur. L. Z. geäußert hätte, er halte die Einwürfe des Verf. für scharfsinnig, und sey neugierig, was ich in meiner vollendeten Hermeneutik darauf erwiedern werde. Da ich mich in meiner Hermeneutik auf keine Discussionen mit Herr W. einlassen kann, und da ich gemerkt habe, daß man mir mein Stillschweigen als Stolz anrechnen könnte; so muß ich denn wohl hier, wo ich noch am leichtesten ein Paar Blätter opfern kann, freylich wider meine Neigung, etwas zu meiner Vertheidigung sagen.

Nachdem Herr W. dem Publico meinen Angriff erzählt, und in der Note bemerkt hat, in meiner Schrift herrsche, seiner Meynung nach, eine verkehrte Tendenz, sie überschreite ihren Zweck, und enthalte nicht immer richtige Beyspiele: so erwiedert Er nun auf meine Einwürfe im Wesentlichen folgendes:

Es diene wohl nur bloß zur Deutlichkeit der Begriffe, wenn man untersuche, ob die Interpretation dunkle Gesetze erfordre? Die Frage sey so nicht wohl einer Beantwortung fähig.

Dunkel sey etwas relatives. Man müsse also so fragen: setzt Interpretation nothwendig bey dem, welcher interpretirt, Mangel an Bekanntschaft mit dem Inhalt des Gesetzes voraus? So gestellt, trage Er kein Bedenken, die Frage mit Ja! zu beantworten.

Hierauf kommt Herr W. auf die Hauptsache, nämlich die Frage: aus welchem Gesichtspunkt sind die Haupttheile der Interpretation aufzustellen? Das vorgesteckte Ziel, sagt Er, sey: der Sinn des Gesetzgebers. Es sey hier also von einem Zweck die Rede, und zu Erlangung eines Zwecks handle man wohl nicht zweckmäßiger, als wenn man ihn sich aufs deutlichste vorstelle (das versteht sich!), seinen eigenen Standpunkt darunter setze, und nur dasjenige, was zwischen beyden liege, nach Verschiedenheit seines Wesens in verschiedene Unterzwecke eintheile, ohne Rücksicht auf die Mittel, womit einzelne derselben erreicht werden. Gehe man mit dieser Idee an den Zweck des Interpreten, so werde man als unerläßlichen Unterzweck zuerst Wahrheit der Worte, der Buchstaben des Gesetzes anerkennen müssen. Die auf diesen Zweck gerichtete Wissenschaft sey die Kritik, und diese müsse vorangehen, um dem Interpreten festen

Bo-

Boden zu verschaffen. Nun erst beginne sein Hauptgeschäft: Streben nach dem, was der Gesetzgeber sich unter seinen Worten, als er sie gebrauchte, vorstellte, nach den Gegenständen, die er, als er seinen Willen in Worten ausdrücken wollte, unterm Auge hatte. Die Wissenschaft, welche diesen Zweck habe, mache die Grammatik aus, ohne Rücksicht auf die Mittel dabey. Nahe sey jetzt der Interpret am Ziel, aber wirklich erreicht habe er es noch nicht, wenigstens habe er keine Ueberzeugung hiervon. Es bleibe nämlich noch eine unmittelbare Untersuchung des Willens übrig, und dieß sey die logische Interpretation. — — Hiervon, heißt es weiter, weiche meine Vorstellungsart wesentlich ab. Ich mache die Mittel zum Eintheilungsgrunde, und nenne die Interpretation mittelst des Sprachgebrauchs Grammatik, die Interpretation mittelst des Grundes des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers logische Interpretation. Dieß sey höchst unbefriedigend. Sich in den ersten Linien eines Systems durch die Mittel leiten zu lassen, passe überhaupt nicht für eine Wissenschaft, es entstehe daraus Mangel an fester und einleuchtender Tendenz, und obendrein erschöpfe man die Materie nicht. Au-

ßer

ser dem Sprachgebrauch und dem Grunde des Gesetzes gebe es noch viele Mittel, z. B. der Zusammenhang, gute Uebersetzungen, und andre glaubwürdige Nachrichten über die Wahrheit des Textes, oder den Willen des Gesetzgebers.

In Ansehung des Details der logischen Interpretation müsse man bey den Geistesverrichtungen des Gesetzgebers folgende drey unterscheiden: 1. Das System der Politik, welches er vor Augen habe, und welches die Triebfeder seiner Gesetzgebungshandlung sey; 2. Den keine concrete Gegenstände in sich fassenden Typum, welchen er dem Auge unterstelle, da er ein Gesetz entwerfen wolle; und 3. die mehr sinnliche Vorstellung, welche er hatte, als er seinen Typum nun in Worten mittheilen wollte. „Wie beyde letztere Handlungen sich unterscheiden, fährt der Verf. fort, wird ein jeder aus eigner Erfahrung wissen. Man nehme z. B. den Satz: Wer das Eigenthum andrer so gering achtet, daß er die für Bestellung des Landes nöthige Geräthschaften, welche auf demselben gewöhnlich liegen bleiben, davon entwendet, soll so und so bestraft werden. Wie ganz anders schwebt er dem Auge vor, wenn man ihn denkt, als wenn man ihn mit Hülfe einer lebhaften Einbildungskraft

kraft sich vorstellt? Uebrigens macht die erste der drey erwähnten Handlungen den Grund, die Raison des Gesetzes aus, die zweyte den Willen des Gesetzgebers, oder den Sinn des Gesetzes, und die dritte die Bedeutung der Worte des Gesetzes. Dasjenige nun, was an und für sich selbst den Juristen interessirt, ist der Wille des Gesetzgebers, das Resultat darüber hat im Collisions-Falle die Oberhand über die Bedeutung des Gesetzes; keineswegs läßt sich das aber auch vom Grunde des Gesetzes in Ansehung des Willens des Gesetzgebers sagen. Ob hier der Gesetzgeber mit sich selbst übereinstimme, darf ihn nicht kümmern, sondern er gebraucht den Grund nur, um in desto größerer Reinheit den Willen zu erhalten. Die Beschäftigung hiermit ist nun die logische Interpretation, ohne Rücksicht auf die Mittel." Gegen mich wird denn noch, in Ansehung der von mir angenommenen logischen Interpretation nach der Absicht des Gesetzgebers bemerkt: ich begehe gleichsam einen Cirkel-Beweis, indem ich zur Erlangung eines Zwecks ein Mittel vorschlage, welches der Zweck selber sey.

Am Ende bemerkt Herr W. noch besonders in Ansehung meiner Begriffe über declarative Interpretation: die Auslegung zweydeutiger Ge-

setze gehöre gar nicht zur Function derselben. Bey allen Arten der logischen Interpretation solle mit dem Wortverstande etwas außer ihm liegendes verglichen werden, und man könne also keine von ihnen anders, als durch ein Verhältniß zum Wortverstande characterisiren; keinesweges aber durch eine ihr beygelegte Untersuchung über den Wortverstand selbst. Hier werde offenbar nicht gemessen, sondern die Elle selbst fabricirt. — Das sind im Ganzen die Gedanken des Verf.

Nicht leicht hat wohl ein Schriftsteller auf wenig Blättern so viel wunderliches, krauses und unverständliches gesagt, als Herr W. in dieser Abhandlung. Fast scheint es, als ob er den seeligen Hamann zum Muster genommen, und sich das Motto gewählt habe: je dunkler die Begriffe, und je vornehmer die Worte, desto besser! Wem ist es möglich, etwas bestimmtes dabey zu denken, wenn der Verf. zwischen der Untersuchung dessen, was der Gesetzgeber sich vorstellte, und zwischen der unmittelbaren Untersuchung des Willens; zwischen dem keine concrete Gegenstände in sich fassenden Typum, und den mehr sinnlichen Vorstellungen; zwischen denken, und mit einer etwas lebhafteren Einbildungskraft sich vor-

stel-

stellen, unterscheidet? Da bey dieser Grundlage des Systems des Verf. offenbar etwas von dem mit im Spiel ist, was man, fein ausgedrückt, weder wahr noch falsch nennt, so bin ich denn auch wahrlich nicht im Stande, wenn ich mich nicht auf leeres Wortgeklingel einlassen will, die neue Eintheilung des Verf. zu kritisiren und zu widerlegen; doch wird es mir leicht seyn, (und dieß ist es auch bloß, was man von mir fordern kann) wenigstens indirect zu zeigen, daß Herr W. überhaupt den verkehrten Weg eingeschlagen, daß er mich ganz mißverstanden hat, und daß meine Eintheilung alle vernünftigen Forderungen befriedigt.

Ich will es einmal zugeben, daß man eine logisch vollkommenere Eintheilung, als die bisherige in logische und grammatische Interpretation, bilden könnte: folgt denn daraus etwas für den Begriff der grammatischen und logischen Interpretation? Dieser ist ja immer historisch, und keine Erörterung der Natur der Sache kann jemand lehren, was darunter zu verstehen sey, zumal da der Ausdruck: logische Interpreten ausgemacht ganz verkehrt gewählt ist. Herr W., welcher unter grammatischer und logischer Interpretation etwas ganz anders versteht, als die Er-

fin-

finder dieser Eintheilung darunter verstanden, verfällt also gleichfalls in den in der zweyten Abhandlung gerügten gewöhnlichen Fehler der juristischen Träumerey, und es ist wirklich ohne Sinn, wenn er, statt zu sagen: die Eintheilung ist nicht vollkommen, erwiedert: dieß neu von mir componirte Wesen ist logische, dieß grammatische Interpretation.

Aber die von mir aufgestellten Arten der Interpretation überhaupt, und der logischen insbesondere, sind mit den Regeln eines guten Systems sehr gut vereinbarlich, wenn man nur das versteht, was ich gesagt habe, wovon aber Herr W. weit entfernt ist. Meine Eintheilung ist nicht eine Eintheilung nach den Mitteln, wie Er meynt, sondern grade eine Eintheilung nach dem Zweck. Meine Ideen durch die ganze Schrift sind mit ein Paar Worten diese: der Zweck des Juristen ist zunächst: Auffindung des Sinns des Gesetzes. Dieser Sinn liegt theils im Wortverstande, theils in dem, was aus dem Grunde des Gesetzes folgt, theils in dem, was der Gesetzgeber speciell bey den Worten dachte. Der Zweck des Juristen ist also, den Wortverstand des Gesetzes, das Resultat der Raison, und die Absicht des Gesetzgebers aufzufinden. Zu diesen

Zwecken führen nun, als Mittel, die Grammatik, sofern von der grammatischen Interpretation die Rede ist; der Zusammenhang, eigne Aeußerungen, die Manier des Gesetzgebers, oder das Studium des Grundes des Gesetzes, sofern man logisch interpretiren, die Absicht des Gesetzgebers, und das Resultat des Grundes ausmitteln will. Mit dürren Worten habe ich z. B. §. 8. davon gehandelt, daß die Geschichte kein Mittel der logischen Interpretation sey; daß, um die Absicht des Gesetzgebers kennen zu lernen, man auf den Zusammenhang sehen müsse u. s. w. Wie ist es nun möglich, daß Herr W. von einem Cirkel-Beweise spricht, und mir einwendet, außer dem Sprachgebrauch und dem Grunde des Gesetzes, gebe es noch viele Mittel, z. B. den Zusammenhang, geschichtliche Nachrichten über den Willen des Gesetzgebers u. s w.? — Der ganze Inhalt meiner Schrift zeigt es, daß es nie entfernt meine Absicht gewesen ist, die Mittel, wodurch der Wortverstand, das Resultat des Grundes des Gesetzes, und die Absicht des Gesetzgebers ausgemacht werden, zum Theilungsgrunde der Interpretations-Arten zu machen, und ich unterscheide mich von Herr W. nur dadurch, daß ich, statt dunkler un pomphafte Worte

eingehüllter Begriffe, eine schlichte, gemeinverständliche Eintheilung durch gewöhnliche Worte darzustellen suche.

Was der Verf. über die Kritik sagt, rettet ihn eben so wenig gegen meine vorigen Einwendungen. Es läßt sich denken, daß die Kritik der Interpretation vorhergehn kann z. B. wenn es den Unterthanen möglich ist, fehlerhafte Abschriften aus einem authentischen Exemplar eines Gesetzbuchs zu verbessern. Allein mit unsrer Kritik, wie sie ist, geht es so nicht, und man muß wenig damit bekannt seyn, wenn man dieß nicht weiß. Bey dem Mangel authentischer Gesetzbücher ist unsre Kritik fast immer ein Resultat der logischen Interpretation. Sind verschiedene Lesarten da, so ziehen wir die eine vor, weil der Zusammenhang dieß mit sich bringt. Ist eine Stelle corrupt, so sagen wir: sie muß so und so verändert werden, denn die ganze Analogie des Rechts und die Absicht des Gesetzgebers bringt dieß mit sich u. s. w. Unser Kritisiren unterscheidet sich daher von dem logischen Interpretiren ohne Kritik in der Regel durch nichts, als daß der Kritiker die Worte hinschreibt, welche aus denselben Gründen in dem andern Fall bloß gedacht werden.

Die Einwendungen des Verf. über den Begriff der Interpretation überhaupt, und die declarative Interpretation sind mit allen übrigen von gleichem Werth. Er erinnere sich nur an den Gang unsrer Streitigkeit. In der Bibl. für peinl. Rechtsw. war gesagt: man definire gewöhnlich die Interpretation: Auslegung dunkler Gesetze. Nun sey es doch aber ein Widerspruch, wenn man eine declarative Interpretation annehme, und darunter den Fall verstehe, wenn das Resultat des Grundes des Gesetzes mit dem klaren Wortverstande desselben coincidire. Hierauf erwiederte Herr W.: auch bey der declarativen Interpretation könne man Zweifel aus dem Wege räumen. — Dagegen erinnerte ich nun dieß: Herr W. hätte eigentlich antworten sollen: die Interpretation erfordert nicht nothwendig dunkle Gesetze, auch besteht die declarative Interpretation nicht bloß in Auslegung klarer, sondern hauptsächlich in Auslegung zweydeutiger Gesetze. — Wie wenig zutreffend nun die mir entgegengesetzte Erörterung des Verf. ist, leuchtet von selbst ein. Er scheint es gar nicht zu wissen, daß die alten Juristen gewöhnlich nur dunkle Gesetze zum Gegenstande der Interpretation machten, und wenn das wahr ist, so ist die oben erwähnte

Einwendung durchaus zutreffend. Daß aber dunkle Gesetze nur ausgelegt werden können, ist ein Irrthum. Ganz klare Gesetze interpretiren wir freylich gewöhnlich nicht nach der Form; aber wir können es, und müssen es thun, sobald wir glauben, daß jemand der Regeln bedarf. Und da nun jedes noch so bestimmte, klare Gesetz durch Schwäche des Subjects mißverstanden werden kann, so muß die Auslegungskunst Regeln für alle Gesetze haben.

Der Begriff eines dunkeln Gesetzes ist auch gar nichts relatives, wiewohl die Anwendung dieses Begriffs in concreto manchmal Mühe erfordern kann. Wenn ein Gesetz nach allgemeinen Sprachregeln einen Sinn gibt, so ist es klar; thut es dieß nicht, so ist es dunkel. Offenbar verwechselt Herr W. Klarheit und Dunkelheit des Gesetzes, die etwas objectives ist, mit der subjectiven Fähigkeit zu verstehen. Es übersetzte jemand einmal die Worte: Sancimus hac lege in perpetuum valitura, so: Allerheiligster, wenn du dieses liesest, so lebe ewig wohl; ein andrer glaubte, das Gesetz: In laqueum, quem venandi caussa posueram, aper incidit, sey so zu vertiren: ein wildes Schwein, welches ich zum Verkauf ausgestellt hatte, fiel in einen See.

Hier

Hier wird doch jeder sagen müssen, daß die Worte klar genug sind, und daß das Mißverständniß in der Dunkelheit des Kopfs liegt. Und dennoch kann der wahre Sinn beyder Stellen aus Regeln entwickelt werden!

Daß bey der declarativen Interpretation nicht gemessen, sondern die Elle fabricirt werde, kann nur Herr W. sagen, nachdem er sich zuvor willkührlich einen neuen Begriff der grammatischen und logischen Interpretation gebildet hat. Nach den Begriffen der Alten hat die Sache ihre gute Richtigkeit. Da sie unter grammatischer Interpretation nichts weiter verstanden, als: angeben des Resultats, welches aus dem bloßen Wortverstande folgt (und das ist doch ein Begriff, der seinen vernünftigen Sinn hat): so mußten sie denn freylich auch behaupten, daß ein zweydeutiges Gesetz nicht finaliter grammatisch interpretirt werden könne, aus dem ganz natürlichen Grunde, weil der Wortverstand nichts weiter lehren kann, als: hier sind zwey Bedeutungen. Sage ich nun: nach dem Grunde des Gesetzes ist diese Bedeutung anzunehmen, so habe ich gezeigt, daß das unbestimmte Resultat der grammatischen, sich zu dem bestimmten Resultat der logischen Interpretation so verhalte, und das

ist es grade, was man von jeher durch logische Interpretation erreichen wollte, und was doch auf irgend eine Weise erreicht werden muß.

Uebrigens brauche ich mich wegen des vagen Urtheils über meine Theorie der logischen Auslegung wohl nicht zu erklären, am wenigsten gegen einen Mann, wie Herr W., welcher sich noch durch nichts legitimirt hat, und die Sache mit dem Publico, welches bisher seiner Meynung nicht war, ausfechten mag. Sollte Er mir Unrecht gethan haben, so verzeihe ich Ihm gern. Das nachtheilige Urtheil, welches ich über seine princip. et praec. herm. fällte, und welches andre nach mir so oft wiederholt haben, mußte mir wohl diesen Seitenhieb zu wege bringen. So etwas ist bey dem natürlichen Vergeltungstriebe des Menschen verzeihlich, und kann auch jetzt durch so viele Auctoritäten gerechtfertigt werden, daß Herr W. sowohl nach der Praxis, als dem iure naturae (der Römer) befugt war, sich dieses unschuldige solatium zu erlauben. —

Zugleich muß ich hier noch gegen die bisherige Eintheilung, und mich selbst bemerken, daß die Eintheilung in interpretatio extendens, restringens und declarans ganz unvollständig ist, und nothwendig einer Ergänzung bedarf.

Man nehme z. B. den Fall: der Gesetzgeber sagt an einer Stelle: die Schullehrer sollen dieß und dieß thun; der Zusammenhang zeigt aber, daß er Professoren (die man nach gewöhnlichem Redegebrauch von Schullehrern unterscheidet) darunter verstand, und sich also in dem Gebrauch oder der Wahl des Ausdrucks versah. Nimmt man nun das an, was hier die erwiesene Absicht mit sich bringt, so wird die Sphäre des Gesetzes ganz verändert, und das ist ein Fall, der unter keine der bisherigen Arten der logischen Interpretation paßt. Ich werde dieß, und mehreres andre, was zur Berichtigung der gewöhnlichen Begriffe dient, in meiner vollendeten Hermeneutik sobald als möglich weiter auszuführen suchen, deren Erscheinen aber, obgleich sie schon im Meßcatalog (ohne mein Zuthun) aufgeführt ist, sich noch wohl eine ziemliche Zeit verzögern wird, da die Schwierigkeit der Materie, mannigfaltige Berufsgeschäfte, und vielleicht auch noch die Ausarbeitung eines mir zunächst fast ganz unentbehrlichen Pandecten-Compendii der schnellen Erfüllung meines Versprechens viele Hindernisse in den Weg legen.

Zehnte Abhandlung.

Inwiefern verwandelt die Ratihabition die negotiorum gestio in ein Mandat?

In L. 9. de negot. gest. sagt Scävola ausdrücklich: wenn der dominus negotiorum die Geschäftsführung genehmigt, utique mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. Eben so wird in mehreren andern Gesetzen nach der Ratihabition bloß die actio negotiorum gestorum gestattet 1).

Mit diesen so klaren Bestimmungen scheint L. 60. de R. I. auf den ersten Anblick in gradem Widerstreit zu stehen. Semper qui non prohibet, sagt hier Ulpian, pro se interveni-

1) L. 9. C. eod. L. 3. C. de R. V. L. 3. C. de contr. vel comm. stip.

nire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. Man hat auf mannigfaltige Weise versucht, dieß Fragment mit den ersten in Eintracht zu bringen; aber alle bisherigen (mir bekannten) Versuche dieser Art scheinen ganz mißglückt zu seyn.

Huber hat sich unter allen die Sache am leichtesten gemacht. Im Fall der Ratihabition, sagt er, concurrirt die actio mandati elective mit der actio negotiorum gestorum 2). — Allein diese Antwort ist offenbar unbefriedigend. Die L. 60. cit. gestattet nicht die actio negotiorum gestorum, und in den ersten Fragmenten wird die actio mandati verworfen. Wie ist bey diesen Umständen eine elective Concurrenz denkbar? Andre suchen sich dadurch zu helfen, daß sie darauf gesehen wissen wollen, ob die Ratihabition in der Absicht ertheilt sey, die negotiorum gestio in ein Mandat zu verwandeln, oder nicht? Voet 3) behauptet dieß unbedingt; Herr Emminghaus 4) hingegen will es nur in

2) Prael. ad P. Tit. de negot. gest. §. 5.

3) Comm. Tit. de neg. gest. §. 14.

4) Ad *Cocceii* ius contr. Tit. de negot. gest. qu. 7.

in dem Fall zugeben, wenn die Genehmigung noch vor Vollendung des Geschäfts erfolgt sey. — Aber auch diese Theorie ist willkührlich, da in keinem der angezogenen Fragmente auch nur entfernt darauf hingedeutet wird, daß hier auf die Absicht des Genehmigenden etwas ankomme, welches auch höchst sonderbar seyn würde, da bestehende Verbindlichkeiten eines Dritten durch die bloße Willensänderung eines Andern in der Regel nicht verändert werden können. Am scheinbarsten ist noch wohl die Meynung derer, welche unterscheiden, ob die Genehmigung nach vollendeter Geschäftsführung, oder im Lauf derselben erfolge, und in jenem Fall, mit Berufung auf die allgemeinen Regeln der ersten Fragmente, der Ratihabition die rückwirkende Kraft absprechen, im letzten Fall aber, wegen der speciell hierauf gerichteten Entscheidung der L. 60. cit., durch dieselbe den ersten Theil der unvollendeten negotiorum gestio in ein Mandat verwandelt werden lassen 5). Diese Theorie kann sich wenigstens noch auf die strengen grammatischen Interpretations-Regeln stützen. Indeß ist sie auch un-

5) Höpfner Comment. §. 925. *Hellfeld* iurisprud. forens. §. 419.

unbefriedigend. Denn wenn die Genehmigung rückwärts etwas verändert, warum thut sie es nicht auch dann, wenn das Geschäft vollendet ist? Und wie läßt es sich erklären, daß Scävola in L. 9. cit., wo er grade von dieser Materie ex professo handelt, des Falls, einer in der Mitte erfolgten Genehmigung gar nicht erwähnt, und daß die übrigen Fragmente auch sämmtlich davon schweigen? Außerdem steht allen bisher erwähnten Erklärungsarten der Vorwurf der offenbaren Sonderbarkeit und Unbilligkeit entgegen. Bekanntlich wird der negotiorum gestor wegen eines doli nicht infam, wohl aber der Mandatar. Nimmt man nun an, daß die Ratihabition, es sey auf welche Weise es wolle, rückwärts wirke, so kann die bloße Willensänderung des Einen den Andern unerwartet in eine Infamie bringen, welche hier gar nicht einmal verdient ist, da der Grund, warum der Mandatar durch Arglist infam wird, durchaus nicht auf den negotiorum gestor paßt.

Sonderbar ist es, daß man gar nicht einmal die Frage aufgeworfen hat, ob in der L. 60. cit. der Ratihabition überhaupt eine rückwirkende Kraft beygelegt werde? Nach meiner Einsicht ist dieß offenbar nicht der Fall, und es ist mir

unmöglich, hier irgend einen Widerstreit zwischen den Gesetzen zu finden. Man braucht nur zu bedenken, daß der Bürge nicht als Bürge, sondern nur insofern, als er für den Hauptschuldner gezahlt hat, seinen Regreß gegen den letzten nehmen kann. — Nun nehme man den Fall, welcher grade in L. 60. cit. entschieden steht: A. verbürgt sich den 1 Jan. für B. ohne dessen Wissen. Am 1 Febr. genehmigt B. die Intercession, und bald darauf zahlt A. als Bürge für B. — Nun entsteht die Frage: welche Klage kann A. wegen der geleisteten Zahlung anstellen? Der Jurist antwortet: die actio mandati, und dieß mit Recht. Denn enthält nicht die Genehmigung der vergangenen Intercession zugleich eine Billigung der künftigen Zahlung? Wenn also A. nach dieser Billigung zahlte, so zahlte er wirklich ex mandato, und da ist es denn ganz natürlich, wenn ihm wegen des Regresses die actio mandati eingeräumt wird. Kein einziges Gesetz sagt also, daß eine schon zur Anstellung reife actio negotiorum gestorum durch Ratihabition in eine actio mandati verwandelt werden könne, und man muß mithin die unbedingte Regel aufstellen, daß die Genehmigung, sie mag in der Mitte,

oder

oder am Ende des Geschäfts erfolgen, nur insofern die actio mandati begründet, als sie zugleich einen Auftrag für die Zukunft enthält. Man nehme daher den Fall: A. verreist. Während seiner Abwesenheit stürzt ein Gebäude desselben ein. Indem B. dasselbe als negotiorum gestor aufführen läßt, kommt A. zurück, und genehmigt den halb vollendeten Bau, läßt auch nachher B. das Werk vollenden. Hier hat B. wegen seiner Geschäftsführung bis zur Zurückkunft des A. die actio negotiorum gestorum, hingegen wegen des weiteren Baues von da an die actio mandati.

Hierin ist auch durch Justinians Vorschriften in L. 7. C. ad SCt. Maced. und L. 25. C. de donatt. int. V. et U. nichts geändert. Denn der Inhalt dieser Gesetze geht nur dahin, daß von Anfang nichtige Geschäfte durch nachherige Genehmigung rückwärts gültig gemacht werden sollen. Hiervon läßt sich aber auf die negotiorum gestio keine Anwendung machen, welche, als rechtsbeständiges Geschäft, keiner nachfolgenden Legitimation bedarf.

Eilfte Abhandlung.

Kann ein Vergleich wegen einer unmäßigen Verletzung angefochten werden?

Es gibt über diese Frage zwey Haupt-Partheyen, deren eine schlechthin mit Ja! die andre schlechthin mit Nein! antwortet. Die minder bedeutenden Winkel Partheyen, welche z. B. zwischen einer laesio enormis und enormissima unterschieden wissen wollen u. s. w. übergehe ich mit Stillschweigen, weil ich der Schwachen wegen nicht widerlegen mag, was einem gesunden Kopf von selbst als falsch erscheint 1).

Die erste Parthey schließt ganz einfach: der Vergleich ist ein Vertrag; da nun nach L. 2. C. de

1) In Ansehung der Litteratur dieses Artikels verweise ich auf *Müller* Obs. ad *Leyser* Obs. 166. *Emminghaus* ad Cocceii ius contr. Tit. de transact. qu. 17. Glücks Comment. 5. B. §. 356.

de resc. vend. Verträge wegen einer laesio enormis angefochten werden können, so muß in Betreff des Vergleichs dasselbe statt finden.

Die zweyte Parthey erwiedert darauf, der Vergleich sey zwar ein Vertrag, aber ein Vertrag über einen ungewissen Gegenstand. Eben wegen dieser besondern Natur des Vergleichs sey auf denselben die L. 2. C. de resc. vend. gar nicht anwendbar, wie dieß denn auch in L. 78. §. ult. ad SCt. Trebell. klar entschieden stehe. Hierzu komme, daß nach L. 20. C. de transact. der Vergleich so unumstößlich, wie ein rechtskräftiges Urtheil seyn solle. Nun aber könne ein rechtskräftiges Urtheil ausgemacht nicht wegen einer unmäßigen Verletzung angefochten werden, mithin eben so wenig ein Vergleich. — Die übrigen Nebengründe, welche man noch zum Füllen und Ausschmücken gebraucht, lasse ich unberührt, da ihnen die Vertheidiger dieser Meynung gewiß selbst kein entscheidendes Gewicht beylegen, und mit den Hauptgrundsätzen alles übrige stehen und fallen muß.

Daß die erste Parthey durch die Gründe der letzten getroffen sey, kann und will ich nicht leugnen; aber gänzlich besiegt ist sie nicht, und die Wahrheit steht sowohl auf dieser, als jener

Seite.

Seite. Es ist wahr, der Vergleich setzt nothwendig etwas ungewisses voraus; allein ist immer alles ungewiß bey jedem Vergleich? Aus der ungewissen Natur desselben folgt doch nur, daß, sofern eine Ungewißheit dabey statt gefunden hat, die Grundsätze von der laesio enormis nicht angewandt werden können. Dieß wird aus der Lehre vom Irrthum noch einleuchtender. Ein wesentlicher Irrthum vernichtet einen Vertrag. Dieß ist Regel. Der Vergleich ist ein Vertrag über etwas ungewisses, wobey vorausgesetzt wird, daß man sich irren könne. Darf man nun folgern: also vernichtet der Irrthum keinen Vergleich? Die Römer verneinen diese Frage selbst zu deutlich. Sofern, sagen sie, der Irrthum den als zweifelhaft vorausgesetzten Gegenstand betrifft, insofern kann er gar nicht geltend gemacht werden 2); im übrigen, und sofern er sich auf das bezieht, was unter den Contrahenten nicht als ungewiß vorausgesetzt wird, insofern hat er auch bey dem Vergleich denselben Ein-

2) L. 65. §. 1. de condict. indeb. L. 6. C. de iur. et fact. ignor. L. 19. L. 29. pr. C. de transact.

Einfluß, welchen er auf jeden Vertrag hat 3). Denn hier steht die besondere Natur des Vergleichs der Anwendung der allgemeinen Grundsätze gar nicht im Wege. Da nun der, welcher etwas wissentlich zu wohlfeil weggibt, sich nicht beschweren kann, und also die rescissio ob laesionem enormem im Grunde eine rescissio ob errorem ist: so muß das Princip, welches die Römer in Betreff des Irrthums bey Vergleichen annahmen, nothwendig auch auf die rescissio ob laesionem enormem angewandt werden.

Will man mithin folgerecht schließen, so muß man so sagen. Es ist Grundsatz (wenigstens auf allen Fall nach der Praxis), daß ein Vertrag wegen einer unmäßigen Verletzung angefochten werden kann. Auf den Vergleich, als Vertrag, müssen diese Grundsätze im Allgemeinen gleichfalls angewandt werden, und sie fallen bey demselben nur insofern weg, als die besondere Natur desselben dieß erfordert, und als die allgemeinen Grundsätze vom Irrthum auf denselben nicht anwendbar sind. Hieraus folgt nun:

1. Wenn

3) L. 3. §. 1. L. 12. de transact. L. 29. in fin. L. 12. C. eod. *Goetz* de error in transact. recte aestim. Norimb. 1797.

1. Wenn der Werth der Sache grade das ist, was, als ungewiß, zum Vergleich Veranlassung gibt, so kann ohne wahren Unsinn von einer rescissio ob laesionem enormem gar nicht gesprochen werden. A. verkauft B. eine Sache. Jener behauptet enormiter lädirt zu seyn, und drohet mit einer Klage. Um Streitigkeiten auszuweichen, legt der Käufer zu dem Preise noch etwas zu, und der Verkäufer nimmt dieß gegen Entsagung seiner etwanigen Rechte an. Würde hier eine rescissio ob laesionem enormem gestattet, so wäre ja jeder Vergleich ein Spielball der Willkühr der Contrahenten.

2. Eben so wenig können, ohne die besondere Natur des Vergleichs ganz aus der Acht zu lassen, die Grundsätze von der laesio enormis auf den Vergleich erstreckt werden, wenn schlechthin über einen ungewissen Gegenstand transigirt ist, dessen Werth beyde Contrahenten nicht als gewiß voraussetzten, oder zu einem gewissen Quanto anzunehmen berechtigt waren; z. B. A. macht Anspruch auf das Haus des B. Dieser läßt sich mit ihm auf einen Vergleich ein, und A., in der Voraussetzung, das Haus sey 3000 Thlr. werth, gibt gegen Erlegung einer Summe von 1000 Thalern nach. In der Folge erfährt er,

daß

daß das Haus 7000 Thlr. werth sey, und ficht den Vergleich an. Hier kann ihm B. mit Recht, wegen der besondern Natur dieses Vergleichs widerstreiten. Ob A. das Haus gehöre, war im Ungewissen, mithin die Summe von 1000 Thlrn. kein pretium des Hauses, sondern des ungewissen Rechts, dessen Werth von der größeren oder geringeren Hoffnung des Sieges, worüber nun gar nichts mehr ausgemacht werden kann, abhing. Daß A. das Haus so, oder so hoch taxirte, war ein propositum in mente retentum, und muß also ohne Gewicht bleiben, daher hier der Vergleich selbst, seiner besondern Natur nach, der rescissio ob laesionem enormem gradezu widerstreitet.

Allein es lassen sich auf der andern Seite auch viele Fälle denken, da die Ungewißheit des Gegenstandes des Vergleichs gar keinen Einfluß auf die Ansprüche wegen einer Verletzung haben kann. Man setze das Beyspiel: A. vermacht seinem Vetter Titius in seinem Testament eine Uhr, und bemerkt dabey, wie es wohl zu geschehen pflegt, sie sey 100 Thlr. werth. Nach Eröffnung des Testaments melden sich zu der Uhr zwey Vettern dieses Namens, deren jeder behauptet, er sey der Titius, welchen der Testator

ge-

gemeynt habe. Am Ende macht der eine dem andern Vergleichsvorschläge, und dieser läßt, während beyde, ohne die Uhr gesehen zu haben, voraussetzen, daß der Werth des streitigen Gegenstandes vom Testator richtig angegeben sey, seine Forderung gegen 50 Thlr fahren. Nachher ergibt sich, daß die Uhr vom Testator falsch taxirt, und 300 Thlr. werth ist. — Was kann nun bey diesen Umständen das Ungewisse, was im Vergleich liegt, der Anfechtung desselben ob laesionem enormem in den Weg legen? Das Ungewisse bezog sich ja nur darauf, ob die Sache diesem oder jenem vermacht sey? Daß der Werth derselben sich auf 100 Thlr. belaufe, setzten beyde Contrahenten als ausgemacht voraus. Nach Analogie der vorhin citirten Gesetze, welche vom Irrthum bey Vergleichen handeln, kann hier also der Anwendung der L. 2. C. de resc. vend. nicht das Geringste entgegengesetzt werden.

Noch einleuchtender ist folgendes Beyspiel: A. besitzt ein Pferd, welches 70 Thlr. werth ist. B. macht Ansprüche auf dasselbe, und A. findet ihn damit ab, daß er ihm eine Uhr gibt, welche er zu 50 Thlr. taxirt. Die Uhr ist aber, wie er nachher in Erfahrung bringt, 300 Thlr. werth. Warum soll hier der Vergleich unumstößlich seyn?

Der

Der Zweifel über das Recht auf das Pferd, welcher den Vergleich veranlaßt, steht ja mit der Uhr in gar keiner Verbindung, und daß hier eine Läsion unbezweifelt vorhanden ist, ist so klar, daß es sich mit Händen greifen läßt.

Die L. 78. cit., worauf sich die zweyte Parthey, als auf ein ganz entscheidendes Fragment stützt, schließt auch die rescissio ob laesionem enormem keineswegs allgemein aus, sondern nur insofern, als die von den Contrahenten vorausgesetzte Ungewißheit derselben zuwider ist. Der Fall ist der: dem Erben A. wird im Testament aufgegeben, die Erbschaft an B. zu restituiren. Jener tradirt diesem nur einen Theil der Erbschaft, unter der Versicherung, das sey alles. Nachher zeigt sich, daß er nur $\frac{1}{4}$ der Erbschaft restituirt hat. Hier, sagt der Jurist, kann B. diese $\frac{3}{4}$ nachfordern, ausgenommen wenn er über den restituirten Theil einen Vergleich schloß. — Diese Entscheidung ist ganz natürlich, paßt aber gar nicht auf die von mir vorhin angeführten Beyspiele der letzten Art. Wenn A. und B. darüber stritten, ob das, was jener vorzeigte, die ganze Erbschaft sey, und B. seine weiteren Ansprüche gegen Herausgabe eines Theils aufgab: so war ja

grade

grade die Größe dessen, was zu restituiren sey, im Ungewissen. B. nahm es also als möglich an, daß er sich irren könne. Unter welchem Vorwande will er nun nachher, wenn er sich eines bessern belehrt, dieses Irrthums wegen als Kläger auftreten?

Noch unbedeutender ist die Zusammenstellung des Transacts mit einem rechtskräftigen Erkenntniß. In L. 20. C. de transact. heißt es zwar: Non minorem auctoritatem transactionem, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit; allein dieß ist eben so cum mica salis zu verstehen, als wenn man sagt, das Arbitrium des Schiedsrichters hat mit dem richterlichen Urtheil gleiche Wirkung. Ein Urtheil kann z. B. jemand zum ingenuus, und unbedingt zum Erben machen, einen Verbrecher von der poena publica lossprechen; — läßt sich dieß auch durch einen Vergleich bewirken? Ferner: ein rechtskräftiges Urtheil kann nach L. 7. C. de iur. et fact. ignor. wegen eines Irrthums nicht angefochten werden, wohl aber, wie es unbestritten ist, ein Vergleich. Kann man nun wegen eines Irrthums einen Vergleich bestreiten, so folgt schon von selbst, daß man sich, unter den Umständen, da jenes geschehen kann,

auch wegen einer laesio enormis zu beschweren berechtigt ist.

Cocceji, welcher, bey aller Paradoxie und Sonderbarkeit, dem Civilisten immer schätzbar bleiben wird, hat von dem Mittelwege, welchen man in dieser Materie einschlagen muß, etwas geahnet; aber es ist ihm nicht gelungen, seine Begriffe aufs Klare zu bringen. Transactio, (erwiedert er denen, welche wegen der Ungewißheit des Objects des Vergleichs bey demselben die rescissio ob laesionem enormem ausgeschlossen wissen wollen,) quidem initur de iure dubio, sed res petita tamen potest esse certa. Si quis ergo ab initio 10 petierit, deque illis transegerit, postea autem appareat 30, adeoque ultra duplum, quam antea petitum fuit, debita esse, hoc sane casu aestimatio laesionis non erit dubia, sed certa 4). Die Haupt-Idee ist hier richtig, aber das Beyspiel unleugbar falsch, weil es zu der Frage gehört, inwiefern ein Vergleich auf species, welche nicht unter demselben begriffen waren, und ad non cogitata auszudehnen sey.

Hätte

4) Jus controv. Tit. de transact. qu. 17. Resp. ad Obi. 11.

Hätte er klare Begriffe über den Einfluß des Irrthums bey Vergleichen gehabt, so würde es ihm höchst wahrscheinlich gelungen seyn, auch diese Streitfrage ganz aufs Reine zu bringen. Nach der vorhin not. 3. angeführten Götzischen Abhandlung ist dieß, wenn man nur consequent schließt, keinen Schwierigkeiten mehr unterworfen; und wirklich ist es zu verwundern, daß mehrere von denen, welche die in jener Abhandlung aufgestellten Grundsätze angenommen haben, in Betreff der laesio enormis es über sich vermögen konnten, die Ungewißheit des Gegenstandes des Vergleichs zum unbedingten Grunde der von ihnen behaupteten Unumstößlichkeit des Vergleichs zu machen.

Zwölfte Abhandlung.

Bestreitung der Existenz einer bisher allgemein angenommenen Art des peculii adventitii extraordinarii.

In allen mir bekannten Schriften, worin die Materie vom peculio adventitio extraordinario besonders, oder unter andern abgehandelt ist, habe ich den Satz gefunden: wenn der Vater dem Sohn den Nießbrauch des peculii adventitii ordinarii, entweder ausdrücklich, oder stillschweigend einräume, so erwerbe dieser dadurch die volle Proprietät der Sache, und besitze dieselbe nun als peculium adventitium extraordinarium.

Aus allgemeinen Gründen kann diese Theorie nie deducirt werden. Ein gewisser Kober 1) meynt

1) *J. C. Kober* Diss. de pecul. advent. regul. Altorf. 1705. §. 9.

meynt zwar, nach dem brocardico: jeder kann seinem Recht entsagen, sey nichts natürlicher, als diese Theorie; allein solche Behauptungen zeigen nur, daß es den Neueren zuweilen (und leider! sollte man, statt: zuweilen: oft sagen) ganz an dem juristischen Sinn gebricht, durch welchen die Römer überall so sicher geleitet wurden. Vater und Sohn sind juristisch Eine Person, und da niemand sich selbst ein Recht abtreten kann, so ist jener Gemeinplatz hier ganz am unrechten Orte. Nach dem Recht der Pandekten würde eine solche Abtretung des Nießbrauchs, sofern sie nicht vom Vater in einem letzten Willen bestätigt 2), oder vom Erben genehmigt wäre 3), durch den Tod des Vaters nicht einmal gültig geworden seyn. Da indeß Justinian vorgeschrieben hat, daß die Schenkung des Vaters durch den Tod desselben rückwärts gültig werden solle 4): so ist alles, was man nun nach allgemeinen Grundsätzen behaupten kann, dieß:

wenn

2) L. 16. de donat. L. 1. §. 1. pro donat. L. 5. C. de donat.

3) L. 4. pro donat.

4) L. 25. C. de donat. int. V. et U.

wenn der Vater dem Sohn den Nießbrauch der Adventitien überläßt, so erhält der Sohn während des Lebens des Vaters keine Rechte mehr, als er vorhin hatte. Er kann durch die Cession nur den Besitz des Nießbrauchs factisch erhalten. Der Vater darf ihm denselben, so bald er will, wieder nehmen, und wenn der Sohn emancipirt wird, so behält der Vater auch an dieser Sache den halben Nießbrauch. Stirbt aber der Vater, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, so fallen dem Sohn alle bis dahin gezogenen Früchte zu, und niemand kann die Schenkung weiter anfechten.

Will man also behaupten, daß der Sohn durch eine solche Cession wirklich während der väterlichen Gewalt de iure den Nießbrauch, oder die volle Proprietät erhalte, so muß man eine besondere Vorschrift vorzeigen. Eine solche soll nun L. 6. §. 2. C. de bonis quae liberis, die einzige Stelle, worauf man sich beruft, enthalten; — allein man lese, und urtheile: Sin autem, sagt Justinian, nachdem er zuvor die Rechte des Vaters an den Adventitien angegeben, res sibi memorato modo acquisitas parens notuerit retinere, sed apud filium aut filiam,) vel deinceps personas reliquerit,

nul-

nullam post obitum eius licentiam habeant heredes alii patris, vel avi, vel proavi eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit, (utpote patri debitum) sibi vindicare; sed quasi diuturna donatione in filium celebranda, qui *usumfructum detinuit*, quem pater eius habere oportuerat, ita caussa intelligatur, *ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur;* parente ius exactionis, quasi sibi debitae a filio, *qui usumfructum consensu eius possidebat*, suae posteritati, vel successioni minime transmittente. — Ist nun in dieser Vorschrift ein Wort mehr enthalten, als eine consequente Folgerung aus den Grundsätzen der älteren L. 25. C. de donat. int. V. et U.? — Nirgend steht: der Sohn erhält durch eine solche Abtretung sogleich de iure den Nießbrauch, sondern es heißt bloß: stirbt der Vater, so soll der Sohn den bis dahin von ihm besessenen Nießbrauch erwerben. Erwirbt er ihn aber nur erst dann, wenn seine Güter aufhören Peculien zu seyn; wie kann man denn sagen, er habe die Sache, woran er nun einen Nießbrauch erwirbt, während der Gewalt als adventitium irregulare besessen, und in plena

na

na proprietate gehabt? Da alle Schenkungen durch den Tod des Vaters rückwärts convalesciren, so könnte man mit eben dem Recht sagen: die Schenkung zwischen Vater und Sohn ist für den letzten während der väterlichen Gewalt auch ein modus acquirendi dominium.

Dieselben Grundsätze müssen denn auch auf die Materie von der Verstoßung der Kinder angewandt werden. Die Römische, und also auch die heutige Abdicatio, ist eine bloße factische Verstoßung, welche die väterliche Gewalt nicht aufhebt 5). Weder der Vater noch der Sohn verlieren oder gewinnen also, wie Wernher 6) richtig behauptet, etwas in iure dadurch. Einige sagen zwar: der Vater verliert dadurch, weil er es gewollt hat, alle Rechte 7); andre: er behält zwar sein Erbrecht, und eine Vormundschaft, aber seine Rechte an den Adventitien gehen verloren 8). Allein ich frage: wie kann ein Jurist so

5) L. 3. C. de emanc. L. 6. C. de patria potestate.

6) Lectiss. comm. ad Pand. Tit. de adoption. et emancipat. §. 4.

7) Z. B. *Müller* Obferv. ad *Leyser* T. I. Fasc. I. Obs. 91.

8) Z. B. Glück Comment. 2. B. §. 160. und der daselbst angeführte Günther. Auch darin kann ich

so etwas behaupten? Kann denn der Vater durante potestate dem Sohn Rechte abtreten? Alle Mittel-Theorien beruhen hier offenbar auf der leidigen Inconsequenz, welche den neueren Juristen ihre Vorliebe für die Billigkeit und die sogenannte Natur der Sache so äußerst geläufig gemacht hat.

ich Herr Glück nicht beystimmen, wenn Er behauptet, der Vater könne seine Kinder, wenn sie es verdienen, wider ihren Willen emancipiren. Die Regel ist, daß die Kinder consentiren müssen. Nov. 89. cap. 11. Nur in Ansehung der Adoptiv-Kinder haben es die Gesetze erlaubt, daß sie wider ihren Willen, selbst ohne Grund, emancipirt werden können. §. 3. I. quib. mod. patr. pot. L. 132. de V. O. L. 10. pr. C. de adopt. Wer kann nun davon einen Schluß auf die natürlichen Kinder machen? Einen soliden Grund, dem man bey einer consequenten Hermeneutik folgen könnte, sehe ich nicht zur Bejahung dieser Frage.

Dreyzehnte Abhandlung.

Ueber die gewöhnliche Eintheilung der Rechtsquellen.

Die Art, wie man jetzt am häufigsten die verschiedenen Arten der Rechtsquellen eintheilt, ist folgende: alle Gesetze sind entweder ius scriptum, oder non scriptum im juristischen Sinn 1).

Ar-

1) Diese leidige Eintheilung in ius scriptum und non scriptum sensu iuridico lasse ich hier im Text ungerügt passiren, weil sie in der Sache selbst richtige und brauchbare Begriffe aufstellt; obgleich ich überzeugt bin, daß sie allein einem groben Irrthum der neueren Juristen ihren Ursprung verdankt. Hätten die Römer, bey denen zufällig das niedergeschriebene Recht publicirtes Recht war, in L. 32. pr. L. 35. de LL. das publicirte von dem nicht publicirten Recht unterscheiden wollen: wie war es dann möglich, daß sie auf den tollen Einfall geriethen, das publicirte Recht ius *scriptum* zu nennen? Mit dieser

Arten des ersten waren bey den Römern die Leges centuriatae, Plebiscita, SCta, und Constitutiones Principum. Die letzten sind wieder Edicta, Mandata, Decreta, Rescripta und Privilegia. Die Privilegien im allgemeinen Sinn sind ferner entweder iura singularia, oder Privilegia s. str. u. s. w.

Daß diese Eintheilung voll von logischen Irrthümern, unvollständig, und ganz unphilosophisch ist, sollte kaum eines Beweises bedürfen. Da sie indeß jetzt so viele Liebhaber findet, und noch niemand, meines Wissens, in dieser Materie ganz richtige und vollständige Begriffe geliefert hat 2): so mögen folgende Gründe die Wahrheit meiner Behauptung beweisen.

I. Es ist sonderbar, und durchaus unbegreiflich, warum man die Eintheilung in Edicta, Mandata, Decreta, Rescripta und Privilegia grade zu einer Unterabtheilung der Kaiserlichen Constitutionen macht. Ist sie dieß wirklich, so

ser Frage muß die ganze Eintheilung der Neueren fallen.

2) In einzelnen Punkten haben schon manche, z. B. Hofacker und Waldeck, besser, als gewöhnlich eingetheilt.

so folgt nach logischen Regeln, daß nur die Kaiserlichen Constitutionen dergleichen enthielten. Wer kann dieß aber behaupten, und hat es jemals im Ernst behauptet? Wenn durch publicirte Volksschlüsse allgemeine Normen aufgestellt, oder, wie es häufig geschah, peinliche Sachen entschieden wurden: waren dieß denn nicht wahre Leges edictales, oder Decreta? Erließ der Senat nicht auch Edicta? Ertheilte er nie Privilegien? und wurden von ihm die Proconsules und Propraetores immer ohne Mandat und Instruction in die Provinzen gesandt? — Wer diese Fragen zu beantworten weiß, wird von selbst überzeugt seyn, daß hier bey der gewöhnlichen Eintheilung die verschiedenen Gesichtspunkte, aus denen man die Rechtsquellen in Rücksicht ihres Ursprungs, ihres Umfangs, und der Art und Weise ihrer Bekanntwerdung betrachten kann, durchaus mit einander zusammengeworfen sind. Daß die Namen Decretum, Edictum, Rescriptum bey den Römern durch den Redegebrauch nur auf die Kaiserlichen Verordnungen beschränkt wurden, rechtfertigt dieß Verfahren offenbar nicht, und sollte bey der Eintheilung des Ganzen nichts weiter, als eine beyläufige Sprachbemerkung zur Folge haben.

II.

II. Eben so unlogisch ist es, wenn man die Edicta, Decreta, Rescripta, Mandata, iura singularia und Privilegia als eben so viel Arten Kaiserlicher Constitutionen von einander unterscheidet. — Wenn ein ius singulare allgemein publicirt wird, ist das Gesetz dann nicht eine wahre Lex Edictalis? Oder ist es kein Decret, wenn der Regent jemand ex mera gratia, und also per privilegium, nach geendigtem Rechtsverfahren in letzter Instanz absolvirt? In einem Edict kann ein ius singulare, und in einem Decret ein Privilegium enthalten seyn. Setzt man also Privilegia und Decreta neben einander, so zeugt dieß wieder von einer offenbaren Vermengung verschiedener Theilungsgründe. Dasselbe findet statt, wenn Rescripta und Mandata einander beygeordnet werden. Denn wenn z. B. eine obrigkeitliche Person keine Instruction vom Regenten erhalten hat, und bey demselben anfrägt, wie sie sich, und ob sie sich so oder so verhalten solle: ist denn das Antwortsschreiben des Regenten, worin dem Anfragenden eine Instruction ertheilt wird, nicht zugleich Rescript und Mandat? Wären beyde als species verschieden, so würde ein Zusammentreffen beyder eine pure Unmöglichkeit seyn.

Will

Will man hier alle logischen Fehler vermeiden, und zu einer mehr vollständigen Eintheilung gelangen, so muß man drey Theilungsgründe sorgfältig von einander absondern.

I. In Rücksicht des Ursprungs sind alle Gesetze entweder ius scriptum, oder non scriptum. Bey den Römern waren Arten des ersten: die Leges curiatae, centuriatae, Plebiscita, SCta, Principum placita; Arten des letzten: das Prätorische Edict, das Gewohnheitsrecht, der Gerichtsgebrauch, und alle durch Autonomie der Bürger festgesetzten Normen.

II. In Rücksicht des Umfangs sind die vorhin genannten Arten der Gesetze entweder

1. Generales, wenn sie eine Regel aufstellen, d. h. einen Grundsatz, welcher für alle Bürger unter gleichen Umständen gilt. Diese Leges generales enthalten entweder

a. ein ius commune, wenn sie eine Regel aufstellen, welche nicht, aus Gründen der Politik oder Billigkeit, von einem Grundsatz des strengen, natürlichen oder bürgerlichen Rechts eine Ausnahme macht; oder

b. ein ius singulare, wenn sie eine solche Regel aufstellen. Gewöhnlich sagt man: ius commune ist eine Vorschrift für alle, ius sin-

gulare eine Vorschrift für eine gewisse Classe von Unterthanen. Daß aber die von mir gegebene Definition des iuris communis und singularis richtiger sey, zeigen theils die eignen Aeußerungen der Römischen Juristen 3), theils die anerkannten Arten beyder. Die Vorschriften über Eigenthum, über die Emphyteusis, über die Specification u. s. w. sind unstreitig ein ius commune. Und doch gelten sie offenbar nur für die Classe der Unterthanen, welche ein Eigenthum, oder eine Emphyteusis besitzt u. s. w. — Das ius singulare: Soldaten können militairisch testiren, ist unleugbar viel weitumfassender, als es die selten zur Anwendung kommenden Vorschriften über die Emphyteusis sind. Jedes Gesetz (die dem Menschen, als solchem, ertheilten Rechte ausgenommen) gilt nur für eine gewisse Classe von Personen, und also können die gewöhnlichen Definitionen nicht richtig seyn. Manche glauben sich dadurch aus der Verlegenheit zu ziehen, wenn sie sagen: das ius commune gelte der Möglichkeit nach für alle Unterthanen, das ius singulare nur stets für eine bestimmte Classe;

z. B.

3) L. 14. 15. 16. de LL. L. 141. L. 162. de R. I.

z. B. von den Gesetzen über Eigenthum und die Emphyteusis könne jeder Unterthan Gebrauch machen, welcher dergleichen erwerbe; nicht so hingegen, wenn von den singulairen Vorrechten der Weiber, Pupillen und Minderjährigen die Rede sey. Allein auch dieses Auskunftsmittel entfernt eben so sehr von der Wahrheit. Die Vorschrift, daß Aeltern unter Kindern privilegirt testiren, oder ihren blödsinnigen und rasenden Kindern exemplarisch substituiren können, enthält ein ius singulare. Jeder Unterthan kann, wenn er in die Lage kommt, von diesem iure singulari Gebrauch machen. Worin liegt nun der Grund, daß es kein ius commune ist? Nicht in der Beschränktheit des Umfangs des Gesetzes (denn die Vorschrift des iuris communis, daß der Vertrag eines furiosi nichtig sey, ist viel enger): sondern darin, daß hier eine Regel aufgestellt wird, welche den Grundsätzen des gemeinen und strengen Civil-Rechts zuwider läuft.

2. Speciales, nämlich wenn der Regent in seiner Vorschrift keine Regel aufstellt, sondern in Ansehung einzelner Fälle und Personen etwas specielles bestimmt. Gewöhnlich behandelt man solche Constitutiones speciales und die Privilegia

legia im engern Römischen Sinn als gleichbedeutend. Dieß ist aber durchaus falsch, da viele Constitutiones speciales gedacht werden können, welche nichts weniger als Privilegia sind. Wenn nämlich der Regent in Ansehung einzelner Personen etwas bestimmt, so betrifft die Verordnung entweder.

a. Privat-Personen als solche. Wird in diesem Fall z. B. durch ein Decret, durch eine per rescriptum ertheilte authentische Interpretation bloß bestimmt, was gemeinen Rechtens ist: so ist dieß immer eine Constitutio specialis, aber kein Privilegium. Nur dann heißt den Römern eine Constitutio specialis Privilegium, wenn der Regent in Ansehung einzelner Privat-Personen etwas praeter oder contra ius commune bestimmt. Zu den Privilegiis gehören dann auch die liberalitates principum, welche Höpfner 4) irrig davon unterscheidet, sofern sie nämlich überhaupt Constitutiones principis sind, d. h. sofern der Regent als solcher einem Unterthanen Geschenke macht. Denn thut er es nicht bestimmt in dieser Eigenschaft,

4) Comment. §. 48.

schaft, so sind sie ja nichts weiter, als Verfügungen eines Privat-Mannes, und gehören gar nicht hierher.

b. Privat-Personen nicht als solche, d. h. mithin als Verwalter der Hoheitsrechte. Diese Constitutiones speciales sind ausgemacht gar keine Privilegien. Dahin gehören z. B. alle den Staatsbeamten für ihre Person ertheilten Instructionen, entweder für ihre ganze Amtsführung (mandata ordinaria), oder einzelne Fälle (mandata extraordinaria); ferner Absetzung eines Staatsbeamten; Befehle an Collegien Bericht zu erstatten, Rechnung abzulegen; Ordres beym Exerciren der Truppen; Antworten auf Anfragen der Staatsbeamten einzelne Regierungssachen betreffend. Alle dergleichen Willenserklärungen des Regenten existirten auch schon bey den Römern, (wenn wir auch nicht für alle die terminos technicos kennen), und man sieht also, daß die Privilegia nur einen kleinen Theil des iuris specialis ausmachen.

III. In Rücksicht der Form der Willenserklärung des Regenten sind alle Verordnungen entweder

1. allgemein publicirt. Auf diese Art können alle Arten allgemeiner und besonderer Verfügun

fügungen bekannt gemacht werden z. B. Privilegien, wie bey uns täglich in Ansehung der Standeserhöhungen der Fall ist. Wird ein ius generale allgemein publicirt, so hieß es unter den Kaisern Edictum, Lex edictalis.

2. Speciell bekannt gemacht. Dieß kann auf mancherley Weise geschehen, entweder

a. aus eignem Antriebe des Regenten, wie z. B. Cabinetsschreiben, wodurch jemand Befehle, oder Privilegien ertheilt werden, und mündliche Ordres.

b. Auf äußere Veranlassung. Von dieser Art sind die Decreta und Rescripta der Römischen Kaiser, und alle Unterschriften des Regenten in einzelnen Regierungssachen.

Vierzehnte Abhandlung.

Ueber die Collision besonderer Rechte und Privilegien.

Es ist über diese Materie, welche nicht zu den leichteren gehört, bisher schon viel und mancherley geschrieben, aber gewiß wenig, was einen denkenden Kopf befriedigen könnte.

Die gemeine Theorie der älteren Juristen, welche von unsern Zeitgenossen auch noch der seel. Hofacker angenommen hat 1), reducirt sich auf die drey Hauptsätze: das mehr begünstigte Privilegium geht dem weniger begünstigten vor; haben die Gesetze nichts über den Vorzug bestimmt, so kommt das Privilegium dessen zur Anwendung, welcher de damno vitando certirt, während der andre de lucro captando cer-

1) Princ. iur. R. G. T. I. §. 98.

certirt; sind aber beyde in pari conditione, so reiben sich beyde Privilegien auf, und das gemeine Recht tritt ein (privilegiatus contra aeque privilegiatum iure communi utitur); keiner kommt also zur Ausübung seines Vorrechts 2). Die beyden Fragmente, worauf man bisher allgemein diese Theorie gebauet hat, sind L. 11. §. 6. L. 34. pr. de minoribus. In jenem sagt Ulpian: Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit, non restituendum. Puto autem inspiciendum a Praetore, quis captus sit. Proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est secundum Pomponium caussa eius, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit. In dem andern Fragment heißt es: si

2) Die Hauptvertheidiger dieser Theorie sind *Hert* Diss. de collisione legum Sect. V. und besonders *S. Stryk* in der, wie es scheint, wenig bekannten, oder doch selten benutzten Diss. de iure privilegiati contra privilegiatum. Hal. 1702. und 1744. Noch eine andre von Hofacker citirte Dissertation von Bastineller habe ich nicht gelesen.

si minor 25 annis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior est caussa consumentis; nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.

Diese gemeine Theorie ist lange unangefochten geblieben, und erst neuerlich von Wientzeck 3) in ihrem ganzen Umfange bestritten. Die Regel, privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio, sagt er, kann nicht allein aus den beyden angeführten Fragmenten keineswegs hergeleitet werden, sondern diese widerstreiten derselben sogar gradezu. Die Regel des strengen Rechts ist ja: der minor, welcher ein Anlehn empfangen hat, muß dieß zurückzahlen, selbst wenn er das Geld verloren, oder verschleudert hat. Wenn also der minor qui dilapidavit vel perdidit von der Zurückzahlung befreyt wird, so geschieht dieß per restitutionem, mithin grade aus dem entgegengesetzten Grunde, als der oben erwähnten gemeinen Regel. Vielmehr muß man die umgekehrte Regel annehmen: der

3) *J. F. Wientzeck* comment. iuridic. de vero sensu L. 11. §. 6. 7. L. 12. de minoribus, iuncto examine regulae: privilegiatus contra privilegiatum non utitur iure suo. Vratislav. 1778.

der, dem ein singulaires Recht zusteht, kann sich dessen auch gegen den bedienen, welcher ein gleiches oder anderes singulaires Recht hat, es sey denn, daß eine natürliche Unmöglichkeit dieß verhindern sollte. Daher wird ein minor gegen den filiusfamilius maior, welcher das SCt. Maced. für sich hat, restituirt, so wie gegen das SCtum Velleianum, wenn der Hauptschuldner insolvent ist; daher können Weiber sich gegen Weiber der exceptio SCti Velleiani bedienen; daher wird der Abwesende gegen den Abwesenden restituirt; aus demselben Grunde erwirbt eine Kirche gegen die andre durch die praescriptio 40 annorum u. s. w. Nur dann kann das ius singulare nicht ausgeübt werden, wenn dieß natürlich unmöglich ist. Aus diesem Grunde wird in dem L. 11. §. 5. cit. enthaltenen Fall der minor, welcher das Geld gegeben hat, nicht auch restituirt. Denn wenn der, qui dilapidavit vel perdidit, restituirt wird, so ist die Restitution des andern schlechterdings unmöglich. —

Wie unzureichend, und wie wenig gefährlich der älteren Theorie diese neue sey, fällt so ziemlich von selbst in die Augen. Wahr ist es

frey=

freylich, und gewiß wird jeder es zugeben, daß die Regel: privilegiatus contra privilegiatum iure communi utitur aus den angezogenen Fragmenten ganz falsch abgeleitet wird. Allein ist sie nicht in der Natur der Sache gegründet, und ist die dagegen aufgestellte neue Theorie gehörig documentirt? Daß eine privilegirte gegen eine andre privilegirte Person sich ihres Vorrechts bedienen könne, wenn jene mehr begünstigt ist, oder das Privilegium der letzten nicht zur Ausübung kommt (wie in den vorhin erwähnten Beyspielen der Fall ist), haben selbst die denkenden Vertheidiger der gemeinen Theorie nie bezweifelt. Man lese nur den oben not. 2. citirten Hert. Der Punkt, worauf alles ankommt, ist: was findet statt, wenn zwey sich widerstreitende Rechte zugleich zur Ausübung kommen? Für diesen Fall sollen wir nun die neue Regel annehmen: wer ein ius singulare hat, kann dasselbe ausüben. Allein bey widerstreitenden Rechten kann doch per rerum naturam nur immer Eins ausgeübt werden: — welches soll denn vorgehen? Ferner: wenn in dem oben erwähnten Fall der minor qui dedit nicht restituirt werden soll, weil der andre restituirt ist: warum ist denn grade dieser andre restituirt?

Herr

Herr Glück hat in seinem Commentar 4) diese Wienbecksche Theorie im allgemeinen angenommen, aber doch bestimmtere, und zum Theil andre Grundsätze aufgestellt. Man soll nämlich in Betreff singulairer Rechte so unterscheiden:

I. Das eine ist vor dem andern begünstigt: dann steht das letzte nach.

II. Ist dieß nicht der Fall, so entscheidet der Vorzug der Zeit, und das ältere Recht geht dem jüngeren vor. Sind beyde von gleichem Alter, so ist für den Beklagten zu sprechen, und derselbe nach seinem iure singulari zu beurtheilen. Zum Beweise des letzten Satzes benutzt nun Herr G. die mehrmals erwähnte L. 11. §. 6. de minoribus.

Aber auch in dieser Theorie sehe ich keine Befriedigung. Mag auch, wenn grade der eine Privilegirte Beklagter ist, dieser als solcher vorgehen, und weil er ist: — welches Princip ist dann anzunehmen, wenn beyde nicht als Kläger und Beklagte einander gegenüberstehen; z. B. beyde

4) 2. B. §. 105.

beyde concurriren ex iure singulari zu einer und eben derselben untheilbaren Sache als Kläger? Für diese Fälle hat Herr S. durchaus gar kein Princip. — — Allein auch der Grundsatz: bey gleichen Rechten ist für den Beklagten zu sprechen, kann und darf hier nach allgemeinen Begriffen und positiven Rechtsregeln nicht angenommen werden, und man muß, wenn es irgend möglich ist, die L. 11. §. 6. cit. aus andern Gründen zu erklären suchen. Freylich ist es Grundsatz, daß im Zweifel, und bey gleicher Stärke der Beweise, für den Beklagten zu entscheiden sey. So natürlich aber auch die Anwendung dieser Regel beym ersten Anblick auf unsern Fall scheinen mag, so ist doch bey näherer Untersuchung nichts einleuchtender, als daß hier von jener Regel gar kein Gebrauch gemacht werden kann. Wo zwey singulaire Rechte wirklich collidiren, ist keines von beyden zweifelhaft, sondern es ist gewiß, daß jedem Theil das Recht zusteht, und es kann hier also gar keine Präsumtion, wodurch sonst wohl der Beklagte begünstigt wird, gedacht werden. Hierzu kommt nun noch der entscheidende Umstand, daß wenn jemand ex iure singulari gegen einen andern gleich Berechtigten als Kläger auftritt, beyde

Theile

Theile im juristischen Sinn zugleich Kläger und Beklagte sind, mithin von einer Begünstigung des Beklagten gar nicht die Rede seyn kann. Reus excipiendo fit actor. Klagt A. ex iure singulari gegen B. und dieser leugnet ihm das Recht, so ist B. insofern Beklagter. Setzt hingegen B. dem A. sein eignes ius singulare entgegen, so ist er insofern Excipient und Kläger. Will man nun hier die Regel: der Beklagte geht im Zweifel vor, Gebrauch machen, so kann consequenter Weise das Resultat kein anderes seyn, als dieß: der Richter erkennt in Rücksicht des iuris singularis des A. für B., und in Rücksicht des iuris singularis des letzten für den ersten d. h. mit andern Worten, er stellt die Sache durch Umschweife grade auf denselben Punkt, worauf sie sich gleich Anfangs befand. Wie soll nun dieser Knoten juristisch gelöst werden? Herr G. hat auch für diese Frage kein Princip geliefert, und verweist bloß auf L. 6. §. 11. de minoribus; allein dieses Fragment läßt sich aus weit besseren Gründen erklären. Es ist bekannt, daß nach Römischem Recht in allen Fällen, wenn zwey einander widerstreitende Rechte collidiren, derjenige dem andern vorgezogen wird, welcher sich in dem Besitz dessen befindet, was ihm nach sei-

seinem Rechte gebührt 5). Eben derselbe Fall findet nun aber grade in dem erwähnten Fragment statt. Der minor qui dedit beruft sich auf sein ius singulare, und will die Sache wieder haben; der minor qui perdidit thut ein gleiches, und verlangt, die bisher verweigerte Handlung der Zurückzahlung auch ferner verweigern zu dürfen. Der letzte ist also gewissermaßen im Besitz der Freyheit, und der erste kann mithin nicht restituirt werden, weil bey gleichen Rechten der Besitzzustand den Ausschlag gibt, und nicht verändert werden darf. Es läßt sich folglich aus diesem und andern Fragmenten nur der Grundsatz bilden: wenn sich jemand im Besitz desjenigen befindet, was ihm *ex iure singulari* gebührt, ein andrer hingegen vermöge eines gleichen *iuris singularis* gegen den Besitzer auftritt, und gegen diesen sein *ius singulare* geltend machen will; so ist dem

5) L. 4. §. 13. de dol. mal. et met. exc. L. 154. de R. I. L. 9. §. 4. de publ. in rem act. L. 15. C. de R. V. L. 4. §. 2. L. 8. de cond. ob turp. cauff. L. 12. de donat.

dem ersten als Besitzer der Vorzug zu geben.

Wenn man die Materie von der Collision besonderer Rechte abhandelt, so sollte man sich nicht grade auf iura singularia und eigentliche Privilegien beschränken, sondern die Frage allgemeiner fassen, und überhaupt untersuchen, was Rechtens sey, wenn Rechte mit Rechten collidiren. Auch ein ius commune, z. B. ein Recht aus einem Vertrage, oder einem Testamente, kann mit einem iure communi collidiren, ein ius commune mit einem iure singulari u. s. w. Für diese Fälle muß es gleichfalls Grundsätze geben, die irgendwo abgehandelt werden, und dieß kann nirgend schicklicher, als bey Erörterung der Collision singulairer Rechte geschehen, da die Hauptgrundsätze für alle Fälle dieselben sind, und also durch eine allgemeine Abhandlung an Einheit, Kürze und Vollständigkeit sehr gewonnen wird.

Man muß in dieser Materie zuvörderst von dem Hauptgrundsatz ausgehen, daß jedes Recht so lange vollständig bloß vermöge seiner Natur ausgeübt werden kann, als dasselbe nicht durch ein anderes demselben widerstreitendes Recht bey seiner Ausübung beschränkt

wird.

wird. Es ist also keine Collision von Rechten vorhanden

1. wenn mehrere zugleich ein Recht auf ein gewisses Object haben, ohne daß einer oder jeder sich ein ausschließendes Recht auf das Ganze zuschreiben kann. Hier findet keine Collision, sondern nur eine Concurrenz mehrerer Rechte statt; die Rechte beschränken sich nicht, und jedes wird vollständig ausgeübt, obgleich die Ausübung des einen Rechts, der Einträglichkeit des andern schaden kann; z. B. die Rechte Gewerbe treibender Bürger in einer Stadt, das Recht aller gleich privilegirten Personen, die kein Monopol erhalten haben, u. s. w.

2. Eben so wenig läßt es sich eine Collision verschiedener Rechte nennen, wenn z. B. eine Person ein ius singulare gegen eine andre Person ausübt, welche ein gleiches ius singulare hat, welches sie aber nicht gegen das ius singulare jener in Ausübung bringen kann. So ist es Grundsatz, daß eine sich verbürgende Frau die exceptio SCti Velleiani hat. Diese Einrede muß ihr auch gegen eine Frau zustehen, zu deren Besten sie sich verbürgt hat. Die letzte hat freylich auch das Privilegium SCti, aber doch nur als Bürginn, und es collidiren hier

also,

also, wenn beyde gegen einander überstehen, durchaus keine Rechte, weil das Privilegium der letzten gegen die erste gar nicht aufgerufen werden kann. Sonderbar, und fast unbegreiflich ist es, wie so viele Männer, denen man allgemein Verstand und Scharfsinn zuschreibt, in Ansehung dieses Punkts so gänzlich haben auf Irrwege gerathen können. So bemerkt z. B. Leyser 6), dessen Irrthum aber nicht ungerügt geblieben ist 7), bey Gelegenheit der L. 5. C. ad SCt. Vellei., worin das vorher von den intercedirenden Weibern gesagte entschieden stehe, hier sey doch einmal eine Ausnahme von der Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur. Selbst Stryk, welcher ex professo diese Materie behandelt hat, ist in der oben not. 2) citirten Dissertation bey vielen Gelegenheiten auf eben die Art gestrauchelt. So kommt er z. B. an einem Ort auf den Satz, daß auch eine Kirche gegen eine andre Kirche erst durch die 40 jährige Präscription erwerbe. Man hat, sagt er, hiefür mancherley Gründe angegeben. Manche meynen, die Sache sey ganz

6) Spec. 169. M. 2.

7) Röslin v. weibl. Rechten 2. B. S. 66.

ganz natürlich, weil bey der Verjährung der Kirchen nur in Ansehung des Verlustes, nicht in Ansehung des Erwerbes durch Verjährung ein Privilegium gegeben sey; verum, fährt er fort, in effectu res eo redit, quod privilegiatus contra privilegiatum privilegio suo utatur, si hoc tendat ad damni aversionem, qua ratione etiam utitur Carpzov 8). — In der That, es ist kaum zu begreifen, wie es möglich ist, ein so einleuchtend wahres Raisonnement selbst vorzutragen, und dann doch das offenbar falsche anzunehmen! Eben so sonderbar argumentirt er über den Fall, wenn eine Kirche, welche zum Erben eingesetzt ist, einer andern Kirche Legate auszahlen soll. Hier könne, meynt er (in der Sache selbst ganz richtig, weil die Gesetze ja nur der Kirche, welche Legate zu fordern hat, ein Privilegium zugestehen), die ecclesia heres nicht die Quarta Falcidia abziehen, weil die ecclesia legataria in specie et magis privilegiata sey 9). Bey der Frage: ob ein Abwesender gegen einen Abwesenden restituirt werde, raisonnirt er eben so schief und irrig, wie in

An.

8) Diss. cit. cap. II. n. 85.
9) Cap. III. n. 38.

Ansehung des ersten Falls 10). Ueberhaupt sind die Schriften der älteren Juristen überall voll von Beyspielen dieser Art.

Eine wahre Collision tritt nur dann ein, wenn zwey oder mehrere Rechte einander gradezu widerstreiten, also entweder, wenn von mehreren Personen zugleich auf ein und eben dasselbe Object jede ein ausschließendes Recht hat, wie z. B. im Concurs-Proceß häufig der Fall ist; oder wenn das Recht der einen Person auf etwas gerichtet ist, dessen Gegentheil eine andre Person vermöge ihres Rechts verlangen kann, z. B. ein minor verlangt gegen den Andern Rescission, und dieser gegen jenen Aufrechterhaltung eines Geschäfts. In Ansehung solcher Collisionen muß man nun folgende Unterscheidungen machen:

I. Das Recht der einen Person beruht auf einer mehr generellen gesetzlichen Vorschrift, als das Recht der andern Person: dann muß, nach der Regel: Species generi derogat, das erste dem letzten weichen 11). Aus diesem Grunde muß also

1. das

10) Cap. IV. n. 61. fg.

11) L. 80. de R. I. L. 3. C. de silentar. et Decurion. *Hert* l. c. §. 5.

1. das auf einem mehr allgemeinen iure communi beruhende Recht, dem auf einem speciellern iure communi beruhenden nachstehen; z. B. es ist allgemeine Regel: jeder kann über sein Eigenthum disponiren wie er will. Gibt nun dennoch A. eine Servitut an B., so geht das Recht des letzteren vor, weil es auf den beschränkteren Grundsätzen über Verträge beruht.

2. Wer ein ius singulare hat, geht dem vor, welcher sich bloß auf ein ius commune stützt.

3. Das specielle ius singulare geht dem mehr generellen vor, z. B. wenn eine Frau sich pro libertate verbürgt hat, so kann sie sich wegen des specielleren Rechts des Befreyten nicht auf das SCt. Vellei. berufen 12).

4. Ein ius singulare muß einem Privilegio, als dem mehr speciellen, weichen.

5. Collidiren in Ansehung des Umfangs ungleiche Privilegien, so treten (sofern nämlich, wie sich versteht, aus der Zeit kein Vorzugsrecht erhellet) dieselben Grundsätze ein, z. B. in einem Cabinets-Schreiben vom 1sten Jan. wird A. das Monopol des Buchhandels, und in einem

12) L. 24. C. ad SCt. Vell.

nem andern Schreiben vom selbigen dato B. das Monopol des Kalenderhandels verliehen.

II. Sind die collidirenden Rechte gleich allgemein, so ist entweder

1. das eine vor dem andern von den Gesetzen besonders begünstigt: dann bringt jenes natürlich das letzte zum Weichen. Als Regeln kann man hier folgende Sätze annehmen:

a. Das ältere Privilegium im eigentlichen engeren Sinn wird im Zweifel d. h. wenn es nicht ad beneplacitum verliehen, oder sonst rechtmäßig widerrufen ist, als vor dem jüngeren begünstigt betrachtet 13).

b. Das ältere Pfandrecht geht in pari conditione dem jüngeren vor. Dieß sagen die Gesetze wohl 14); daraus kann man aber noch nicht mit Herr Glück die allgemeine Regel bilden, daß, wenn iura singularia gleicher Art collidiren, stets der Vorzug der Zeit entscheide. Nur bey Privilegien und Pfandrechten haben die Gesetze vorgeschrieben, daß auf das Alter gesehen werden

13) L. 7. C. de prec. imperat. offerend. L. 4. C. de emanc. cap. 1. de constit. in 6.

14) L. 12. §. 1. C. qui potior. in pignor. Nov. 91. cap. 1.

den solle; für die übrigen Fälle aber dieß grade zu verboten. Ich berufe mich nur auf L. 32, de reb. auctor. iudic. possidendis, woselbst es mit dürren Worten heißt: Privilegia (nämlich bloß persönliche privilegirte iura singularia) non ex tempore aestimantur, sed ex caussa; et si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt; licet diversitates temporis in his fuerint. Man nimmt es daher auch in Praxi ganz richtig als eine ausgemachte Sache an, daß bey dem Concurs der Gläubiger der vierten und fünften Classe auf den Vorzug der Zeit gar nicht zu sehen sey 15).

Außerdem haben aber auch die Gesetze bey vielen einzelnen Rechten speciell den Vorrang derselben bestimmt. Dahin gehören z. B. die mancherley Bestimmungen über das Verhältniß der privilegirten Creditoren im Concurs; die Vorschrift, daß das SCt. Macedon. den Vorrechten der Minderjährigen nachstehen solle 16), und mehrere, welche hier anzuführen überflüssig und unmöglich wäre.

2. Ha-

15) *Stryk* Diss. cit. cap. IV. n. 88. Dabelow v. Concurs d. G. 2. B. §. 281.

16) L. 11. §. 7. de minor. L. 3. §. 2. de SCt. Macedonian.

2. Haben die Gesetze nichts über den Vorrang einzelner collidirender Rechte besonders bestimmt, so muß man, um zu richtigen und festen Grundsätzen zu gelangen nothwendig zwey Arten der Collision, nämlich die directe und indirecte von einander unterscheiden. Direct collidiren zwey Rechte, wenn die Personen, denen diese Rechte zustehen, dieselben gegen einander zur Ausübung bringen z. B. ein minor verlangt gegen einen andern ob minorem aetatem restituirt zu werden. Indirect hingegen collidiren Rechte, wenn sie, ohne daß die Personen gegen einander auftreten, in einem dritten Object zusammentreffen, wie im Concurs der Gläubiger geschieht, wenn die Masse nicht hinreicht. In Ansehung dieser beyden Fälle unterscheide man nun so:

A. Wenn Rechte direct collidiren, deren Vorrang nicht speciell bestimmt ist, so geht

a. dasjenige vor, welches ausgeübt wird, um von dem Berechtigten einen positiven Schaden abzuwenden, während durch das Recht des andern nur die Beybehaltung, oder Erlangung eines Gewinns, geschützt wird. Aus diesem Grunde wird der minor gegen den filiusfamilias minor, welcher das empfangene Geld besitzt,

sitzt, in integrum restituirt 17). Aus eben dem Grunde würde der minor zu restituiren seyn, welcher einem andern minor auf eine nicht nichtige Weise eine Sache geschenkt oder zu seinem Schaden verkauft hätte, sofern der letzte die erhaltene Sache noch besäße 18).

b. Certirt nicht der eine Theil de lucro captando, und sind beyde in Betreff des Schadens in gleicher Lage, so ist nach dem obigen derjenige zu schützen, welcher sich in der Lage befindet, auf welche er vermöge seines Rechts Anspruch zu machen befugt ist.

Läßt sich weder aus dem einen, noch dem andern Grunde etwas für und wider die verschiedenen Rechte entscheiden, so haben die Gesetze kein weiteres Princip, um den Vorrang eines Rechts zu bestimmen, aufgestellt, und hier entsteht nun die Cardinal-Frage, welche so bestritten ist: was findet statt, wenn ein gleiches Recht einem gleichen Rechte gegenüber steht? Hier ist nun, wie mir scheint, ganz offenbar, durchaus keine andre, als die gemeine Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum non iure suo,

17) L. 34. pr. de minor.

18) Arg. L. 6. §. 11. de minor.

suo, sed iure communi utitur, anzunehmen, oder um sie noch allgemeiner und bestimmter zu fassen: wenn zwey Rechte direct collidiren, so tritt das ein, was würde statt gefunden haben, wenn beyde Rechte nicht existirten. Diese Regel liegt in der Natur der Sache, und es kann ohne Widerspruch gar keine andre gedacht werden. Gleiche Kräfte heben gleiche Kräfte auf, und ein gleiches Recht muß also ein gleiches Recht mit sich selbst vernichten. Man denke nur z. B. den Fall: ein Testator sagt im Testament: mein Sklav A. soll frey seyn, und B. zum Sklaven haben; B. soll frey seyn, und A. zum Sklaven erhalten. Hier ist es ja offenbar eine pure Unmöglichkeit, daß eins der Rechte das andre überwi..., beyde drücken sich wechselsweise nieder, und es muß eintreten, was würde statt gefunden haben, wenn gar kein Testament existirte. Eben so: man nehme den Fall: eine mitleidswürdige Person wird von einer andern gleicher Art sogleich in letzter Instanz belangt; die beklagte Person verlangt dagegen, zuerst vor ihrem foro ordinario ausgeklagt zu werden. Hier stehen gleiche Rechte gegen gleiche Rechte. Der Kläger hat das Recht, mit Vorbeygehung der ersten Instanz die Sache bey der letzten Instanz

stanz anhängig zu machen; der Beklagte hingegen kann mit gleicher Stärke verlangen, daß die Sache zuerst in foro ordinario angebracht werde, weil nach den Gesetzen der Beklagten persona miserabilis nur sofern sie will das Recht gegeben ist, die erste Instanz zu übergehen, und also ihr Recht, die Sache vor die erste Instanz zu ziehen, eben so stark ist, als das Recht der andern, vor dem höchsten Gericht aufzutreten. Dennoch haben manche behauptet, der Beklagte müsse dem Kläger, welcher die letzte Instanz vorziehe, dorthin folgen. Allein mit Recht widerstreiten Stryk 19) und Voet 20) dieser Behauptung. Das Recht des Beklagten ist hier eben so stark, als das Recht des Klägers. Eben deswegen müssen sich beyde Rechte im Gleichgewicht halten, und dadurch wechselseitig aufreiben. Was kann nun unter diesen Umständen anders statt finden, als, daß nach Vernichtung beyder besonderer Rechte, das gemeine Recht wieder in seine Wirksamkeit tritt?

Es folgt dieß nicht allein aus der Natur der Sache, so klar, wie irgend ein mathematischer

19) Diss. cit. cap. IV. n. 1 — 25.

20) Comment. ad Pand. Tit. de iudiciis. §. 123.

scher Satz; sondern das Römische Recht stellt auch überall bey jeder Gelegenheit dieselben Grundsätze auf. Beruht nicht die Materie von der Compensation allein auf dem Princip, daß gleiche einander gegenüberstehende Rechte sich wechselseitig vernichten? Ist es nicht gleichfalls Grundsatz, daß, wenn zwey Contrahenten gegenseitig in dolo sind, die daher entstehenden Ansprüche sich gegenseitig aufheben 21)? daß, wenn beyde Theile zugleich in mora sind, die Grundsätze eintreten, welche würden statt gefunden haben, wenn kein Theil in mora gewesen wäre 22)? Diese, gemeine Rechte betreffenden Vorschriften, welche so offenbar in der Natur der Sache gegründet sind, können in Ansehung singulairer Rechte und Privilegien keine Ausnahme leiden, da in allen Fällen doch immer im Wesentlichen nichts anders statt findet, als Widerstreit des Gleichen mit dem Gleichen!

B. Collidiren Rechte indirect, so treten wieder ganz andre Unterscheidungen und Gesichtspunkte

21) L. 36. de dolo malo. L. 34. §. 3. L. 57. de contr. emt.

22) L. 51. pr. de act. E. V. L. 17. pr. de peric. et comm. r. v. *Wehrn* de dolo, culpa etc. §. 48. p. 330 — 32.

punkte ein. Die bey der directen Collision statt findende Regel, daß derjenige, welcher de damno vitando certirt, den Vorzug habe, fällt hier schon gleich weg. Zwar behaupten manche 23), im Concurs stehe der Beschenkte (versteht sich der, dem inter vivos etwas geschenkt ist) allen übrigen ex caussa onerosa klagenden Gläubigern nach. Allein da die Schenkung jetzt stets eine rechtsgültige caussa debendi ist, und da die Gesetze es unbedingt vorschreiben, daß alle nicht vor andern begünstigten Creditoren, sie mögen klagen, aus welchem Grunde sie wollen, neben einander zur Befriedigung ihrer Forderungen gelangen 24); so läßt sich diese Meynung nicht vertheidigen 25). Man muß vielmehr in Betreff der indirecten Collision so unterscheiden:

a. Der eine ist schon vor dem andern rechtmäßig in Besitz dessen gekommen, worauf beyde glei-

23) Z. B. *Müller* ad *Struv* Exercitat. XLIV. §. 57. not y. et ibi citatt.

24) L. 32. de reb. auctor. iudic. poss. L. 6. C. eod.

25) Vergl. überh. *Zoller* de eo, quod iustum est circa donationem, a debitore ante concursum motum factam.

gleiche Ansprüche haben: denn geht der vor, welcher sich im Besitz befindet. Daher geht, wenn mehreren, jedem einzeln, eine Sache verkauft, oder geschenkt ist, der vor, welchem die Sache tradirt ward 26); daher schließt nach Römischem Recht, wenn mehrere Procuratoren bestellt sind, der, welcher zuerst litem contestirt, den andern aus 27); und auf eben dem Fundament beruht die ganze Lehre von der Prävention. Dieß Vorrecht dessen, welcher zuerst in den Besitz gekommen ist, ist so stark, daß bey der Collision bloß persönlicher Rechte sogar der, welcher eine gemeine Forderung hat, dem, welchem ein ius singulare zusteht, dadurch den Vorrang abgewinnt. Denn die Vorschrift, daß die Concursgläubiger, also auch die privilegirten, dem, welcher vor Ausbruch des Concurses ohne Arglist des Schuldners Zahlung erhalten hat, nichts abfordern können, ist allgemein 28).

b. Es ist dieß nicht der Fall. Alsdann muß man weiter unterscheiden, entweder

A. das Object, worauf die Berechtigten gleiche Ansprüche haben, ist theilbar. In diesem

26) L. 12. de donat. L. 15. C. de R. V.
27) L. 32. de procurat.
28) L. 6. §. 7. L. 24. quae in fraudem creditor.

sem Fall beschränken sich die Concurrenten, und jeder derselben erhält von dem Object pro rata einen verringerten Theil. Auf diesem Princip beruht allein die Vertheilung unzureichender Summen unter gleiche Creditoren im Concurse. — Bey der objectiven Collision kann von diesem Princip gar kein Gebrauch gemacht werden, da hier durch Theilung von beyden Seiten die Sache grade wieder in ihre alte Lage versetzt werden würde.

B. Ist hingegen das Object untheilbar, so ist wieder aus den oben angegebenen Gründen schlechterdings nichts anders möglich, als daß, wenn nicht der Regent dazwischen tritt, keiner der Concurrenten das Obiect erhält. Man nehme den Fall: in zwey Cabinetsschreiben von einem und demselben Tage, wird resp. A. und B. jedem besonders dieselbe Bedienung verliehen. Wer kann hier ohne Widerspruch einen juristischen Mittelweg finden? A. zieht das Obiect an sich; B. thut dasselbe mit gleicher Kraft. Nirgend ist also ein Princip, welches für einen Theil den Ausschlag gibt, und der Richter, welcher hier etwas zuerkennen wollte, würde vorher stehlen müssen, um nachher geben zu können. Zwey gleiche Kräfte, welche einen Gegenstand nach ent:

entgegengeſetzten Richtungen zu bewegen ſtreben, bringen einen Stillſtand hervor: — dieß iſt ein Princip, welches in der Phyſik und überall nicht ohne einen platten Widerſpruch geleugnet werden kann.

Auch die Römiſchen Juriſten dachten eben ſo, und dieß mag denn für mich entſcheiden, wenn man vernünftige Demonſtration nicht gelten laſſen will. In L. 42. 43. de hered. inſt. haben Julian und Paulus ſich über einen ganz ähnlichen Fall grade eben ſo erklärt. Qui ſolvendo non erat, heißt es daſelbſt, duos Appollonios liberos heredesque eſſe iuſſerat. Altero ante apertas tabulas teſtamenti mortuo, non ineleganter defendi poterit, eum, qui ſupererit, liberum, et ſolum neceſſarium heredem fore. Quod ſi uterque vivit, *inſtitutionem nullius eſſe momenti*, propter legem Aeliam Sentiam, quae amplius, quam unum neceſſarium heredem fieri vetat. — — *Invicem enim eos ſibi obſtare.* Will man für das, was ſich aus der Vernunft deduciren läßt, die Auctorität eines neueren Schriftſtellers, ſo nenne ich nur Leibnitz, welcher auch der Meynung war, daß man die Regel annehmen müſſe: in concurſu per-

plexo ad rem indivisibilem et incommunicabilem, concurrentes omnes carebunt 29).

Wenn indeß bey der directen oder indirecten Collision eines der verschiedenen Rechte nothwendig ausgeübt werden muß, so ist die Sache durch das Loos zu entscheiden 30), daher man auch in der Materie von der Prävention, wenn mehrere gleich competente Richter zu derselben Zeit ein Erkenntniß erlassen haben, ganz richtig behauptet, daß der Vorrang des einen durch das Loos bestimmt werden müsse 31).

Unter diesen Einschränkungen und näheren Bestimmungen, läßt sich nun, wie mir scheint, die Theorie der älteren Juristen über die Collision singulairer Rechte sehr gut vertheidigen.

29) Diss. de casibus perplexis §. 24. (in Opp. ed. Dutens. T. IV.).

30) L. 14. de iudiciis. *Vinnii* quaest. select.

31) Danz ord. Pr. §. 39. not. b.

Funfzehnte Abhandlung.

Bemerkungen zu der Lehre von der Emphyteusis.

I.

Kann der Emphyteuta das Gut mit einer Dienstbarkeit beschweren?

Viele bejahen diese Frage, andere verneinen sie ohne Einschränkung. Buri 1), welcher der letzten Meynung ist, stützt sich auf die Natur der Emphyteusis, nach welcher dem Emphyteuta jede Verschlimmerung des Guts, mithin auch die Auflegung einer Servitut untersagt sey. Die andre Parthey hingegen beruft sich mehrentheils auf L. 1. §. 9. de superficiebus, auf die Rechte des

1) Lehnrecht, Rundische Ausg. 2te Abth. S. 170.

des Lehnsmanns, und auf das Veräußerungsrecht des Emphyteuta, von welchem letzten man, als a maiori ad minus, einen sichern Schluß machen zu können glaubt 2).

Daß der Grund, warum Buri die Frage schlechthin verneint, in seiner Allgemeinheit unpassend sey, muß jedem von selbst einleuchten. Man nehme den Fall: der Emphyteuta verspricht seinem Nachbar, nicht höher zu bauen, oder zu leiden, daß dieser sein Regenwasser auf das emphyteutische Gut, dem dasselbe nützlich ist, herüberfließen lasse. Wer kann hier sagen, das Gut werde durch die Dienstbarkeit verschlimmert? Eben so wenig verdient aber auch die unbe-

2) Höpfner Comment. §. 899. *Voet* Tit. si ager vectigal. §. 24. Auch *Westphal* de libert. et serv. praed. §. 795. gehört hierher. Sein einziges Argument: in L. 12. de public. in rem act. werde der Emphyteuta dem Superficiar gleichgestellt, ist aber äußerst lahm. In dem Gesetz wird weiter nichts gesagt, als daß der letzte, wie der erste, die publiciana anstellen könne. Folgte hieraus etwas auf das Recht, die Sache mit einer Servitut zu beschweren, so ließe sich aus L. 11. §. 1. eod. mit gleicher Bündigkeit folgern, daß jeder, dem eine Servitut zusteht, die Sache mit neuen Servituten belästigen dürfe.

bedingte Behauptung der Gegenparthey Beyfall. Der Schluß von dem Veräußerungsrecht ist zuvörderst ganz unerheblich, da das Recht eine Servitut aufzulegen keineswegs in allem Betracht ein minus in Vergleich des Veräußerungsrechts ist. Wenn die Emphyteusis noch so oft veräußert, und nur immer gehörig cultivirt wird, so bleibt keine nachtheilige Spur für den Herrn, an den sie dereinst heimfällt, zurück. Man nehme dagegen den Fall, der Emphyteuta gibt seinem Nachbar als Servitut das Recht, alle fruchtbare Erde von dem Gut wegzunehmen. Ist hier der Herr, welcher Gefahr läuft, am Ende nichts als Steine und Sand übrig zu behalten, nicht weit schlimmer daran, als wenn die Sache bloß veräußert wird? — Eben so mißlich und gewagt ist der Schluß von dem Rechte des Superficiars, theils weil dieser den besten Theil des Objects seines Rechts selbst hergibt, und deswegen vielleicht aus singulairen Gründen besonders begünstigt ist; theils weil die Servituten, welche auf Gebäude eingeräumt werden, wie z. B. usus-fructus, usus, habitatio, servitus altius non tollendi, stillicidii, fluminis non recipiendi, luminis non aperiendi, u. s. w. in der Regel alle von der Art sind, daß sie die Substanz

des dienenden Guts entweder gar nicht, oder nicht mehr, als es ohnehin geschehen würde, beschädigen. Mit der Emphyteusis verhält sich dies aber nicht so, da die Servituten, welche man einem Grundstück auflegen kann, oft von der Art sind, daß sie die Substanz desselben im höchsten Grade verderben. Was zuletzt die analogische Anwendung des Lehnrechts, wodurch unsre Theorien über die Emphyteusis so ungeheuer verunstaltet sind, betrifft: so brauche ich wohl kaum ein Wort darüber zu verlieren. Die vorliegende Frage muß sich aus allgemeinen Grundsätzen des Römischen Rechts entscheiden lassen, und so lange dieß möglich ist, bedürfen wir jener mißlichen Nothstütze auf keine Weise.

Mir scheint, die ganze Sache ist so klar, als etwas seyn kann. Der Emphyteuta hat ein Recht an einer fremden Sache, und man kann ihm nicht mehr Befugnisse zugestehen, als ihm durch Verträge und Gesetze ausdrücklich gestattet sind. Sein Recht besteht hauptsächlich darin, daß er die Sache ganz zu seinem Nutzen gebrauchen kann, nur darf er die Substanz derselben auf allen Fall nicht verschlimmern. Er kann sowohl die Ausübung seines Rechts, als das Recht selbst, auf einen andern übertragen, aber auch nie-

niemand mehr, als ihm selbst erlaubt ist, einräumen. Kein Gesetz hat ihm unbedingt freygestellt, das Gut mit Servituten jeder Art zu beschweren. Aus der Natur des emphyteutischen Rechts läßt sich also kein anderes, als folgendes Resultat bilden:

1. Der Emphyteuta darf das Gut mit keiner Servitut beschweren, welche zu ihm selbst verbotenen Handlungen berechtigt, d. h. die Substanz des Gutes beschädigt. So wenig z. B. der Emphyteuta Wälder verwüsten, Saat-Ländereyen mit Steinen und Unrath überschütten, oder die fruchtbare Erde von dem Gut verkaufen darf, eben so wenig ist es ihm erlaubt, dieß einem Dritten iure servitutis zu gestatten.

2. Alle Handlungen hingegen, welche entweder, wie z. B. das Zehntrecht, sich nur auf die Früchte beziehen, oder, wie das Versprechen, nicht höher bauen zu wollen, die Substanz der Sache nicht nachtheilig afficiren, also nach Erlöschung der Emphyteusis keine schädlichen Folgen zurücklassen, darf der Emphyteuta (versteht sich nur auf so lange, als sein Recht dauert) ohne allen Zweifel einem Andern erlauben. Denn was ihm selbst freysteht, muß er auch einem andern gestatten können, und was er ohne Vertrag unter-

terlassen darf, dazu darf er sich auch durch einen Vertrag ordentlich verpflichten.

Allein bey dem allen bleibt noch immer die Frage übrig, ob diese Rechte, welche der Emphyteuta einem Andern einräumen darf, von ihm als Servituten d. h. als dingliche Rechte übertragen werden können? Dieß leugne ich. Der Schluß: ich kann ein Recht dinglich verfolgen, also kann ich auch dem Dritten, welchem ich dasselbe übertrage, eine actio in rem einräumen, ist ganz und gar unzulässig. Die actiones in rem sind, wie ich in der zweyten Abhandlung gezeigt habe, nach den Begriffen der Römer singulaire Vorrechte, welche ohne ein besonderes positives Gesetz gar nicht angenommen werden dürfen. Wäre dieß nicht gewesen, so hätten ja für den Emphyteuta und Superficiar gar keine gesetzliche actiones in rem eingeführt zu werden gebraucht, und so könnte ja der Usufructuar, auf die Zeit der Dauer seines Rechts, einem Dritten dingliche Rechte auf die Benutzung der Sache gestatten. Sein ganzes dingliches Recht auf einen Andern zu übertragen, erlaubt das Römische Recht im Ganzen wohl, aber in der Regel nicht Multiplication der dinglichen Klagen durch

Thei-

Theilung des Hauptrechts. Diese Regel trifft auch den Emphyteuta, welcher nirgend ausgenommen ist. In Ansehung des Superficiars haben wir zwar eine solche Ausnahme. Diese leidet aber keine Ausdehnung, theils als ius singulare 3), theils weil es billig ist, das Recht des Superficiars, welcher bloß durch Regeln des strengen Rechts sein Eigenthum verloren hat, dem Eigenthum wieder so nahe, als möglich zu bringen, ein Grund, von welchem die Römischen Juristen sehr gut ausgegangen seyn können, und dessen Anwendbarkeit auf die Emphyteusis niemand im Ernst behaupten wird.

Aus eben diesen Gründen läßt sich denn auch die gemeine Theorie 4), daß der Emphyteuta einem Andern das Gut in subemphyteusin geben könne, nach Römischem Recht gar nicht in dem gewöhnlichen Umfange, als ob ein solcher Vertrag ein doppeltes dingliches Recht erzeuge, vertheidigen. Die Schlüsse aus dem Lehnrecht sind hier auch wieder ganz falsch angebracht,

3) L. 14. de LL. L. 141. L. 162. de R. I. Meine Theorie d. logischen Ausleg. §. 14.

4) Vergl. *Struv* synt. iur. civ. Ex. XI. §. 70. et *P. Müller* in not. ibid.

bracht, da sich ohne dasselbe die Sache entscheiden läßt. Alles was man dem subemphyteuta zugestehen kann, ist ein bloß persönliches Recht, dessen Schützung gegen einen Dritten durch den Emphyteuta selbst geschehen muß.

II.

Ueber die Compensation der Beschädigungen mit den Verbesserungen des emphyteutischen Guts.

Wenn der Emphyteuta das Gut merklich beschädigt, so kann ihn der Eigenthümer deshalb vertreiben, eine Regel, welche man in Praxi vermittelst einer ausdehnenden Erklärung der Auth. qui rem C. de SS. eccles., worin eigentlich nur von Kirchengütern die Rede ist, allgemein angenommen hat.

Hierbey entsteht nun die Frage: wenn der Emphyteuta das Gut auf der einen Seite sehr beschädigt, auf der andern dagegen bedeutend verbessert: kann dann dessen ungeachtet auf Privation geklagt werden, und kann der Emphyteuta sich nicht damit schützen, daß die Verbesserung

rung die Verletzung wieder gut mache? Leyser 5) ist der Meynung, daß hier eine Art von Compensation allerdings zulässig sey, und sucht seine Behauptung besonders durch L. 11. in f. de negot. gest. und L. 45. §. 13. de iure fisci zu rechtfertigen. Buri 6) dagegen bestreitet die Zulässigkeit dieser Compensation, und beruft sich auf die Worte der Nov. 120. cap. 8.: Et antiquum statum locatae sive emphyteuticae rei exigere, et eiicere de emphyteusi, sive de locatione, *non valentem de emponematis actionem aliquam contra venerabiles domos movere.*

Daß Leysers Gründe nicht viel bedeuten, gebe ich Buri gern zu, aber in der Sache selbst läßt sich die Meynung desselben recht gut vertheidigen, und dagegen der Beweis führen, daß die, welche aus der angezogenen Novelle die Zulässigkeit der Compensation bestreiten, offenbar im Cirkel schließen.

Justinian sagt in Nov. 120. cap. 8., der Emphyteuta könne vertrieben werden, si deteriorem faciat rem. Was heißt nun eine

Sa=

5) Spec. 102. M. 8.
6) A. a. O. S. 247—49.

Sache verschlimmern? Der Begriff: eine Sache bezieht sich nicht auf einzelne Theile, sondern auf das Ganze. Verschlimmern heißt soviel, als, den Werth verringern. Also rem deteriorare soviel, als, den Werth einer Sache geringer machen. Ist dieß nun der Fall, wenn die Verbesserungen die Beschädigungen übersteigen? Welcher vernünftige Mensch wird z. B. wenn A. einen fundus seines Guts durch Ausgraben und Abgraben ruinirt, und dadurch den Werth eines besseren Feldes dreyfach erhöhet, auf den Einfall kommen, zu sagen, er habe sein Gut herunter gebracht? Auch die Römischen Juristen haben nicht so gesprochen. In L. 13. §. 5. de usufructu setzt Ulpian den Fall, daß der Usufructuar Felder und Weinberge ruinirt, und dagegen Stein- und Metall-Gruben anlegt. Wenn der Ertrag des Grundstücks dadurch verbessert wird, sagt der Jurist, so kann man nichts dagegen einwenden, *siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* Ist nun eine überwiegende Verbesserung eine melioratio proprietatis, so kann sie nicht zugleich eine deterioratio rei seyn. Die Vorschrift, daß der Emphyteuta seine Verbesserungen nicht in Anrechnung bringen dürfe, ist also ganz natürlich nur

nur von dem Fall zu verstehen, da res deteriorata d. h. das Ganze überwiegend verschlimmert ist.

Wäre Hellfelds 7) Behauptung: parte deteriorata, hac tantum privatur, wirklich wahr, so würde dieser Streit in vielen Fällen ganz unnütz seyn. Allein der Grund seines Gewährsmanns Carpzov: die Strafe müsse nicht größer als das Verbrechen seyn, ist höchst unpassend, da die Novelle mit dürren Worten vorschreibt, wenn die Sache verdorben werde, so könne die Kirche die Emphyteusis einziehen. Diese Vorschrift, welche auch nicht einmal unbillig ist, läßt nach ihrem natürlichen Wortverstande gar keine theilweise Privation zu.

III.

Ueber die Remission des Canons wegen feindlicher Ueberzüge und Wasserfluthen.

Es ist eine gemeine Behauptung, daß wenn der Emphyteuta durch feindliche Ueberzüge und Ue-

7) Jurispr. for. §. 604.

Ueberschwemmungen aus dem Besitz der Emphyteusis gesetzt werde, demselben von dem Eigenthümer ein Nachlaß des Canons zugestanden werden müsse 8). Aus dem Postulat, daß der Canon für den Besitz der Emphyteusis bezahlt werde, pflegt jene Behauptung ohne große Umstände gerechtfertigt zu werden.

Wäre das Postulat wahr, so ließe sich freylich der Schluß nicht bestreiten. Allein man geht hier von ganz falschen Prämissen aus. Kein Gesetz sagt, daß der Emphyteuta durch Verlust des Besitzes ein Recht auf Remission erhalte, weil er nur für den Besitz den Canon bezahle. In L. 1. C. de iure emphyt. wird vielmehr bestimmt, daß die Verpflichtung, den Canon zu entrichten, nur dann aufhören solle, wenn das ganze Object des Rechts zu Grunde gehe, *si nihil* ei relictum est. Wer das Eigenthum behält, und bloß den Besitz verliert, gehört nicht zu denen, quibus nihil relictum est. Man kann also nur die Regel aufstellen: wenn der Emphyteuta durch feindliche Ueberzüge und Wasserfluthen das Eigenthum, und damit alles, ver-

8) *Leyser* Sp. 103. M. II. *Voet* a. a. O. §. 20. 21.

verlieren sollte, so ist er von der Bezahlung des Canons frey. Hieraus folgt nun:

1. Feindliche Invasionen, welche bloß den Besitzstand stören, befreyen den Emphyteuta gar nicht von seiner Verbindlichkeit, sondern nur die vollendete, das Eigenthum aufhebende Occupation des Feindes. Da jetzt in Kriegen das Privat-Eigenthum respectirt wird, so können bey uns diese Unterscheidungen auch nicht einmal angebracht werden.

2. Durch Ueberschwemmungen hört die Verbindlichkeit, den Canon zu bezahlen, nie auf. Denn entweder wird der ganze fundus überschwemmt, oder nicht. Im letzten Fall kann zwar das Eigenthum des überschwemmten Theils durch Veränderung der species fundi verloren werden; dieß ist aber gleichgültig, da der nicht überschwemmte Theil es bewirkt, daß man nicht sagen kann: nihil ei relictum est. In jenem Fall hingegen wird selbst durch Veränderung der species fundi das Eigenthum nicht verloren, sondern bloß und allein der Besitz 9), mithin steht

9) L. 7. §. 5. de A. R. D. Vergl. überh. Köchy civilist. Erörter. 1. Samml. S. 61. fgg.

steht hier dem Emphyteuta wieder das bleibende Eigenthum entgegen.

Das Klagen über Inhumanität dieser Theorie ist unerheblich, und auch gar nicht einmal gegründet, wenn man an die lange Dauer des emphyteutischen Rechts denkt, wodurch, eins ins andre gerechnet, alles ausgeglichen wird. Und ist es nicht eine leidige Inconsequenz, wegen einer einjährigen Invasion, oder Ueberschwemmung sogleich Remission zu gestatten, während man den Emphyteuta das Unglück eines zehnjährigen Mißwachses, wobey er sogar noch die Saatkosten einbüßt, ruhig allein tragen läßt?

Anhang.

Einige gutgemeynte Paradoxa, Vorschläge und Wünsche.

Die Kunst, eine Materie breit zu schlagen, und mit ein Paar eignen Ideen ein universum zu füllen, ist bis jetzt von den Juristen so zur Vollkommenheit gebracht, daß alles, was man in andern Fächern von dieser Art aufzuweisen hat, z. B. das Kunststück, einen Reuter mit einem Ducaten zu übergulden, kaum dagegen genannt zu werden verdient. Weil auch das Beste am Ende ermüdet, so haben in den neuern Zeiten manche die entgegengesetzte Methode gewählt, das, von Andern schon Gesagte überall vorausgesetzt, und die Gründe und Beweise für ihre eignen Behauptungen häufig in petto behalten. An einem Mann von Kopf kann eine solche Methode

thode sogar interessiren; aber da viele unsrer Juristen so wenig in petto zu behalten haben, und ihnen ein anständiger Deckmantel der Unwissenheit höchst erwünscht seyn muß; da bey uns um einen ausgezeichneten Mann, zumal wenn er in der Manier singulair ist, sogleich ein Heer von Affen zu tanzen pflegt: sollte es da nicht heilsam seyn, beyde Methoden einmal von allen Seiten anzugreifen, und dem medium tenuere beati eine, mit Salz und Pfeffer gewürzte Lobrede zu halten? Um die Sache sinnlich zu machen, dürfte eine kleine Beyspielsammlung nicht undienlich seyn, und dazu könnten die Schriften von Donell, Bach, und Bynkershoek herrliche Beyträge liefern.

Man hat bis jetzt viel Mühe auf bibliographische Notizen verwandt, und ganze Folianten mit Titeln nützlicher juristischer Bücher angefüllt. Sollte es nicht Zeit seyn, endlich einmal auch auf eine Bibliotheca inutilium zu denken, und dadurch dem Gelehrten, welcher das Wasser scheuet, und gern mit dem geringsten Zeitverlust alles Gute benützen möchte, hülfreich an die Hand zu gehen? Unsre mehrsten kleinen academi-

mischen Schriften, Deductionen und Rechtssprüche, und ein ganzes Heer von Compendien und Commentaren würden dem Unternehmer einer solchen Arbeit eine reiche Ausbeute versprechen.

Die Theologen und Moralisten pflegen stets gegen den Egoismus, wie gegen ein schwarzes und hassenswürdiges Ungeheuer, zu eifern. Gewiß würden sie diese Härte mildern, wenn sie Gelegenheit hätten, unsre juristische Litteratur zu beobachten. Was kann z. B. unschuldiger und naiver seyn, als das Verfahren mancher Schriftsteller, welche, ohne eine eigne Idee hinzuzuthun, bekannte Controversen mit allen bisher pro und contra gewechselten Gründen, bloß mit neuen Worten, sogar oft mit Uebergehung der wichtigsten Momente, darstellen, und nun fest überzeugt sind, der Streit werde auf immer ruhen, da er auch durch sie zum Vortheil dieser oder jener Parthey entschieden sey?

Man hat sonst nur beym lateinischen Vortrage einen überströmenden Reichthum von Eleganzen und zierenden Beywörtern als etwas noth-

wen-

wendiges und idealisches betrachtet. Im Deutschen hielt man es immer mit dem natürlichen, ungeschminkten und ungekünstelten Styl. Erst seit einigen Jahrzehnden haben verschiedene juristische Schriftsteller angefangen, auf das Ausschmücken der Deutschen Schreibart in einem ähnlichen Geist bedacht zu seyn z. B. der alldieweil in die frohe Ewigkeit übergegangene Böhmer; der von niemand übertroffene, und grundgelehrte Walch; der nicht genug geschätzte Bauriedel; der holländische Noodt; der spanische Finestres u. s. w. Da es nun in Deutschland leicht möglich ist, daß dieser Geschmack sich wie ein Lauffeuer unter allen mittelmäßigen juristischen Scribenten verbreiten könnte, und da die Musen noch immer über unsern lateinischen Styl weinen: so wäre es wohl der Mühe werth, die tiefe Geschmacklosigkeit dieser Ueberfüllung einmal recht zur Sprache zu bringen. Unsre mehrsten eleganten Latein-Schreiber gleichen einem eiteln Menschen, welcher, um mit allem, was ihm der Himmel beschieden hat, die Augen des Pöbels zu blenden, seine ganze Garderobe auf einmal anzieht.

Man hat die anonymen Recensionen schon lange oft verwünscht. — Wie man doch der Litteratur und den Schriftstellern so abhold seyn kann? Das: Feci würde uns zu einem weit schlimmeren Extrem führen. Jetzt gelingt doch noch manchem Schwachen unter dem Schilde der Dunkelheit ein guter Gedanke, weil er es darauf wagt; unterzeichnete sich jeder, so würde kein Schwacher einen Schritt thun, um der Schande des Fallens zu entgehen, und man würde, sub spe reciproci, den Schriftsteller von Einfluß durch fades und ungemessenes Lob seine ganze Arbeit verleiden, weit mehr, als es jetzt durch übereilten Hohn und Tadel geschieht. Uebermäßiges Lob ist das unleidlichste auf der Welt; ein ungerechter Tadel dagegen wird keinen guten Schriftsteller aus seinem Gleichgewicht bringen. — Ferner: wie mancher kleine Geist hat jetzt nicht die unschuldige Freude, ungestraft an einem großen Mann zum Ritter zu werden; und wo lassen sich jugendliche Kräfte besser üben, als da, wo sie durch alles gespannt, und durch nichts niedergedrückt werden?

Die alten Juristen haben sich viel darüber gestritten, ob ein casus pro amico mit Bestand Rechtens zugelassen werden könne, und am Ende sich so ziemlich darüber vereinigt, daß die Gerechtigkeit der Freundschaft nichts nachgeben dürfe. Selbst Leibnitz stimmte für diesen Rigorismus. — Wie unendlich sind wir Neuern doch dagegen in Humanität und Milde fortgerückt! — Man mache sich nur etwas mit den persönlichen Verhältnissen unsrer Recensenten bekannt, studiere ihre Manier, und blättre dann in unsern Zeitschriften: — überall wird man den regen, lebendigen Geist der Liebe finden, dieser, jetzt so oft gepriesenen, Liebe, gegen welche die Gerechtigkeit Laster, und unpartheyische Strenge ein Verbrechen ist.

Die Verachtung, womit besonders jetzt manche den bloßen Compilatoren begegnen, ist wahrlich ungerecht. Auch sie arbeiten treulich für Liebe und Seelenadel. Wenn (wie ich durch eclatante Fälle noch näher erläutern würde, nisi exempla essent odiosa) ein Compilator z. B. von A die Grundsätze annimmt, und, weil A keine Folgen daraus abgeleitet hat, von B, dem

Geg-

Gegner des A, die Folgesätze; ist es dann nicht erbaulich, so den Feind mit dem Feinde versöhnt, und den einen auf den Schultern des andern stehen zu sehn? Auch sollten selbstdenkende Köpfe es mit Dank erkennen, wenn sich jemand dazu hergibt, ihnen ein rohes gereinigtes Material im Schweiß des Angesichts herbeyzuschaffen.

Die beliebte juristische Methode des gewafneten Vortrags, des reichlichen Allegirens consentirender Schriftsteller bey Sätzen, welche durch sich selbst klar genug bewiesen, oder deutlich und unbestritten in den Gesetzen enthalten sind, hat freylich ihre Nachtheile, z. B. daß unerfahrene junge Männer verleitet werden, mit unnützem Nachschlagen der Allegate sich die Zeit zu verderben; daß man für seine juristische Bibliothek keinen Raum zu finden weiß, und was dergleichen mehr ist. Man sollte aber auch die guten Seiten dieser Methode nicht vergessen. Ist es nicht für die Ehre der Wissenschaft viel gewonnen, wenn der Laye und Anfänger sich gleich auf den ersten Blick überzeugen kann, daß gesunder Verstand und Eintracht unter den Juristen recht wie zu Hause sind? Alsdann wird da-

durch der Mechanismus des Selbstsetzens, welches noch immer vielen nicht recht begreiflich werden will, oft im hohen Grade anschaulich gemacht; z. B. A beruft sich zur Erhärtung der Wahrheit, daß ein Vertrag nothwendig zwey Personen erfordre, auf B. Dieser veranstaltet eine neue Ausgabe seines Buchs, und beruft sich in einer Note zu jenem Satz auf A; A erwiedert dieß bey einer neuen Edition seines Buchs u. s. w. — Wie einleuchtend wird hier nicht das Erschaffenwerden des Geschaffnen durch sich selbst? — Auch verdient die Freude der citirten Schriftsteller über das Glück, in so ehrenvoller Gesellschaft aufzutreten, keineswegs, für nichts geachtet zu werden, so wie der Umstand, daß durch solche Vorarbeiten den Praktikern und Facultisten, welche nun einmal ohne Allegate gar nicht leben, und die gehörige Bogenzahl füllen können, ausnehmende Dienste geleistet werden. Als ich einmal einem gewissen Mann meine Inaugural-Schrift überreichte, blätterte er sie vor meinen Augen von Seite zu Seite durch, suchte sorgfältig überall nach Noten, und legte, da er nichts dergleichen fand, mein opusculum mit vieler Kälte auf die Seite. Damals

mals lachte ich, bereue aber jetzt von Grunde des Herzens meine Einseitigkeit.

Es ist eine allgemeine Bemerkung, daß keine Art der Gelehrten mehr an gänzlichem Mangel ächt philosophischer, physischer, mathematischer, historischer und bellettristischer Kenntnisse leide, als die positiven Juristen. Man sollte denken, daß bey diesen Umständen im Felde der positiven Rechtswissenschaft desto mehr geleistet werde; aber nichts weniger, als das! Im Meß-Catalog nehmen die juristischen Schriften verhältnißmäßig bey weitem den kleinsten Raum ein, und unter diesen wenigen Produkten ist eine classische Schrift ein wahres Phänomen. Statt diese Facta zu bestreiten, sollte man nur gradezu eingestehen, daß die Sache ihren guten Grund habe. Von den Praktikern, welche, mit Gesetzen überschüttet, zu einer gewissen Universalität gezwungen sind, und ihre besten Stunden unbelehrenden mechanischen Arbeiten opfern müssen, läßt sich für die Theorie nichts erwarten und verlangen. Die academischen Docenten sind die einzigen, welche etwas bedeutendes leisten könnten, wenn es ihnen frey stände, in Muße

und Frieden sich mit ganzer Kraft einem speciellen Fach zu widmen. Allein als Beysitzern von Spruch-Collegien und Schöppenstühlen, ist auch ihnen der Zwang aufgelegt, sich in allen Fächern zu orientiren, und sich in mechanischen Arbeiten zu erschöpfen. Von wem soll denn die Theorie ihre Cultur erwarten? Man sagt freylich, der Docent lerne für die Theorie viel durch die Praxis; — allein könnte er nicht ohne die Praxis unendlich mehr für die Theorie lernen? Ich habe kürzlich hinter einander 23 Relationen gemacht, wodurch ich nicht für eines Hellers Werth belehrt bin. Die Zeit reiner 4 Monathe, welche ich darauf verwandte, muß ich als verschlafen ansehen. Was hätte ich in dieser Zeit durch Lectüre gewinnen können! Nur der Lehrer des practischen Processes bedarf unumgänglich practischer Uebungen; alle andern Docenten sollten damit verschont, oder höchstens als Auscultanten bey einem Gericht angestellt werden.

Es ist sonderbar und auffallend, daß in unsern juristischen Zeitschriften fast überall ein gewisser steifer, pedantischer und trockner Ton herrscht. Selbst junge Männer loben und tadeln mit

mit einer gewissen altväterischen Ehrbarkeit und Gravität, daß es oft schwer ist, sich des herzlichen Lachens zu enthalten. Sollen denn Witz und Laune, und alle Grazien aus der Rechtswissenschaft auf immer verbannt seyn? Unsre Facultät bedarf wahrlich einer Arzney gegen Pedantismus, Steifheit und Trockenheit, und deswegen sollten es die Recensenten nur getrost wagen, sich der einzigen Mittel, wodurch diese auszehrende Krankheit mit Erfolg angegriffen werden kann, bey jeder Gelegenheit zu bedienen. Als Allegat mag mich Horazens Lobrede auf das ridendo dicere verum gegen eine rechtsbegründete Widerlegung sichern.

Woher kommt es, daß man so oft Juristen antrifft, welche viel Charteken, und fast nichts Classisches im Fach der Geschichte und Philosophie gelesen haben? Ich kenne Männer, deren Bekanntschaft mit einem Heer deutscher Compendien über Reichsgeschichte, Natur-Recht und Moral Verwunderung erregt, und denen dessen ungeachtet nie ein Buchstabe von Leibnitz, Hume, Montesquieu, Ferguson, Gibbon u. a. zu Gesicht gekommen ist. Selbst

clas-

classische Werke über das positive Recht gerathen immer mehr in Vergessenheit. Woher das? — Die Antwort: jeder hält sich zu seines gleichen, ist gewiß sehr unbefriedigend. Lieber möchte ich sagen: ein Mann von Genie schöpft das Gute aus sich selbst; das Schlechte muß er von aussen lernen; daher auch oft die geistreichsten Menschen am liebsten mit kleinlichen, närrischen und unbedeutenden Leuten umgehen.

Nichts ist unvergleichlicher, als der Witz vieler, besonders practischer Juristen, wenn sie es recht darauf anlegen, witzig zu seyn. Der witzigste Witz eines Shakespear und Cervantes ist nichts dagegen. Einiger bekannten jüngst beendigten Federkriege nicht zu gedenken, erinnere ich nur an die Vorrede des seel. Schmidt zu dessen Lehrbuch über die Klagen und Einreden, worin die fidelen Bierseelen mit wahrem attischen Salz gerieben werden. Auch der Ungenannte, welcher in dem geistreichen, und höchstwichtigen, zu Ronneburg erscheinenden juristischen Journal das Publicum von Zeit zu Zeit mit (wie es scheint) selbsterfundenen Anecdoten regalirt, ist in seiner Art unübertreff-

trefflich. Sogar durch launige Titel haben sich Juristen schon lange vor Jean Paul ausgezeichnet. So können Hertels juristische Schnupftabacks-Dose, mit ihrer Eintheilung in Prisen, und dessen politische Thee- und Caffee-Kanne, worin ein Gout dem andern folgt, es gewiß immer mit den Hundsposttagen, und den Belustigungen unter der Hirnschale einer Riesinn aufnehmen.

Das Problem: wie soll der bloß einseitige academische Vortrag vollkommen zweckmäßig eingerichtet werden? ist noch keineswegs befriedigend aufgelöst. Der Eine hält sich an den dictirenden, der Andre an den bloß redenden, der Dritte an den vermischten Vortrag. Hier wird über ein Compendium gelesen, dort nicht. Bald legt man vollständige, documentirte Lehrbücher zum Grunde, bald bloße unbewiesene Skizzen, aus denen sich der Zuhörer gar nicht präpariren, sondern nur höchstens das Allgemeinste von dem künftigen Vortrage ahnden kann. — Warum hat man nicht längst gefragt, ob sich jenes Problem überhaupt lösen lasse? Ich spreche hier nur von juristischen Collegien. Der dictirende Vor-

trag ist nicht erläuternd, und die freye Rede ist es auch nur in der Form. Die Kraft, juristischen Demonstrationen eine ganze Stunde zu folgen, alles mit der Leichtigkeit, wie es der Lehrer denkt, aufzufassen, ist wenigen gegeben; und noch weit geringer ist die Zahl derer, welche auch nur das Wesentliche des Gesagten daurend behalten. Schreibt der Zuhörer in der Stunde, so wird die Aufmerksamkeit getheilt, vieles schief verstanden, unrichtig zu Papier gebracht, und manche feine und scharfe Bestimmung ganz überhört. Wer sich selbst darüber prüft, wie viel academische Vorlesungen, im Verhältniß der darauf verwandten Zeit, ihm genutzt haben; wer Gelegenheit gehabt hat, die Hefte seiner Zuhörer zu sehen, und ihre Kenntnisse auf die Probe zu setzen, für den kann es nicht zweifelhaft seyn, daß wir auf den Academien nur zu oft Wasser mit dem Siebe schöpfen. Ein Docent, welcher mit seiner Beobachtung über die Schönheiten seines Vortrags hinausgegangen ist, muß demüthig werden, er mag sich selbst bewundern, so viel er will.

Aber wie ist dem Uebel abzuhelfen? Mich deucht, ganz leicht, wenn die Frage nur nicht immer unter Voraussetzung der Nothwendigkeit

des einseitigen Vortrags geschähe, wenn nur die Docenten weniger darauf erpicht seyn wollten, sich selbst ohne Unterlaß zu hören. Der examinirende Lehrvortrag, etwa wie der simple Unterricht auf den niedern Schulen, untermischt mit Demonstrationen, Erläuterungen und Zusätzen, — damit wäre unendlich viel gewonnen. Aber freylich gehörte dazu von Seiten der Lehrer viel Talent und Anstrengung. Es müßten meisterhafte, präcise und gründlich documentirte Handbücher über alle Wissenschaften geschrieben werden; der Docent dürfte sich nicht scheuen, dem Publico alle seine Gedanken über jede wichtige Materie vor Augen zu legen, und aus dem Dunkel des Hörsaals herauszutreten, in welchem jetzt kühn manches leere Geschwätz gewagt wird; er müßte gewandt, und auf alle, oft sehr scharf treffende Einwendungen junger gesunder, und hellsehender Köpfe gefaßt seyn; und vor allen Dingen so frey von Eitelkeit, daß er ohne Schaam und Aerger einen Irrthum eingestehen, und seinen Schülern, wie Huber, bekennen könnte, auch von ihnen gelernt zu haben. Das ist freylich viel verlangt, aber nichts unmögliches. Die Schwierigkeit liegt hier großentheils in Neigungen, welche, zumal wenn Befehle der Regierun-

rungen mitwirkten, sich nach und nach überwinden ließen. Ich habe seit 5 Jahren oft Gelegenheit gehabt, durch Versuche im Kleinen diese Ideen bestätigt zu sehen, und jeder neue Versuch überzeugt mich täglich mehr und mehr, daß die engere Vereinigung des Lehrers mit dem Lernenden den beyden Theilen äußerst heilsam ist. Der Gedanke, daß unsre Academien den Gymnasien wieder näher gebracht werden müssen, ist gewiß so übel nicht, wenn er nur recht verstanden und angewandt wird.

Ende des zweyten Bandes.

Druckfehler.

Seite	14.	Z. 6.	v. o. l.	quodam.
—	34.	— 17.	—	Köchy.
—	36.	— 6.	—	setze hinter: verknüpft: ist.
—	38.	— 10.	v. u.	ist quisquam durch ein, zu trennen.
—	44.	— 14.	v. o. l.	Statt: gerichtet: erhoben.
—	48.	— 10.	—	Commodatars.
—	—	— 6.	v. u. l.	Sache.
—	92.	— 4.	v. o. l.	plena.
—	107.	— 9.	—	Adventitien.
—	—	— 7.	v. u. l.	obtineas.
—	116.	— 6.7.	—	vernichtet.
—	133.	— 2.	—	errorem.
—	144.	— 6.	v. o. l.	wann.
—	153.	— 1.	v. u. l.	Wehrn.
—	176.	— 10.	v. o. l.	Justinianeischen.
—	179.	— 13.	—	denn.
—	180.	— 15.	—	Justinianeischen.
—	200.	— 5.	v. u. l.	assertionibus.
—	210.	— 12.	v. o. l.	Wehrn.

Seite

Seite	211.	Z.	11.	v. o. l.	Wehrn.
—	—	—	16.	—	§. 2.
—	212.	—	2.	—	Wehrn.
—	213.	—	8.	—	— —
—	216.	—	9.	—	nach.
—	—	—	11.	—	Statt: ersten: letzten.
—	234.	—	4.	v. u. l.	Interpretation.
—	262.	—	2.	—	noluerit.
—	287.	—	12.	v. o. l.	sieht.
—	288.	—	2.	—	Kirche.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts

Bd.: 2

Jena (1801)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.92-n(2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703194-2
VD18 15480178-001